

Le Président

Montpellier, le 29 Août 2012

lettre recommandée avec A.R.

Référence : 126 / 034022 172 / 1054

Monsieur le Directeur Général,

Par envoi en date du 11 juillet 2012, la chambre a porté à votre connaissance son rapport d'observations définitives concernant la gestion du centre hospitalier régional universitaire de Montpellier pour les exercices 2005 et suivants.

Celui-ci a également été communiqué, pour ce qui les concerne, à vos prédécesseurs.

Cet envoi n'a pas donné lieu à réponse de votre part dans le délai d'un mois prévu par les articles L. 243-5 et R. 241-17 du code des juridictions financières (CJF). Toutefois, la réponse de l'un de vos prédécesseurs a été enregistrée au greffe dans ce délai.

A l'issue de ce délai, le rapport d'observations définitives retenu par la chambre régionale des comptes vous est à présent notifié accompagné de cette réponse écrite.

En application des articles L. 243-5, R. 241-17 et R. 241-18 du CJF, l'ensemble devra être communiqué à votre assemblée délibérante dès sa plus proche réunion. Il devra notamment faire l'objet d'une inscription à son ordre du jour, être joint à la convocation adressée à chacun de ses membres et donner lieu à un débat.

Il vous appartient d'indiquer à la chambre la date de cette réunion.

Après cette date, le document final sera considéré comme un document administratif communicable aux tiers, dans les conditions fixées par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Directeur Général, l'expression de ma considération distinguée.

Nicolas BRUNNER

Monsieur DOMY
Directeur Général
du C.H.R.U. de Montpellier
191 Avenue Doyen Gaston Giraud
34295 MONTPELLIER CEDEX 5

Rapport d'observations définitives n° 126/1054 du 29 Août 2012

CENTRE HOSPITALIER RÉGIONAL UNIVERSITAIRE DE MONTPELLIER (34)

Exercices 2005 et suivants

S O M M A I R E

SYNTHESE

Entre 2007 et 2010, les achats du CHRU de Montpellier ont représenté plus de 900 millions d'euros, soit un montant annuel moyen de 250 millions d'euros.

L'analyse de ce domaine de la commande publique, sur la période 2005-2011, fait apparaître deux grandes périodes.

La première, jusqu'en 2008, est caractérisée par une organisation éclatée de la fonction achat, une formalisation insuffisante des procédures à destination des différents acteurs concernés, avec pour conséquence, au niveau des marchés examinés, des documents contractuels imprécis, un suivi insuffisant et la passation d'avenants substantiels aboutissant in fine à des surcoûts.

La seconde, depuis 2008, est liée à la mise en place d'une nouvelle organisation, plus centralisée. Ainsi, s'agissant par exemple des conditions de passation des marchés, et au vu de l'échantillon étudié, il convient de noter une nette amélioration de la qualité de la formalisation des pièces des marchés depuis la mise en place de la Direction des Achats et des Marchés Publics (DAMP) avec des acheteurs situés au sein même de la direction et non plus au niveau des différents pôles et services. Les procédures sont davantage encadrées et la qualité de la passation s'en ressent. De plus, la mise en place d'une plateforme électronique dédiée à la commande publique traduit les efforts entrepris pour se doter d'outils modernes et plus performants.

Cependant, indépendamment de la réorganisation entreprise, force est de constater qu'au travers des marchés examinés, gérés par la DAMP et représentant un montant de plus de 31 millions d'euros, certains ont fait l'objet de conditions d'attribution critiquables, sur l'ensemble de la période étudiée par la chambre. La pratique consistant pour une entreprise à faire une proposition de prix sous-évaluée, compensée ultérieurement par la passation d'avenants alourdissant sensiblement la facture finale, au-delà du seuil initialement fixé lors du lancement de la procédure, a pu notamment être constatée.

En matière d'exécution des marchés, des dérapages ont par ailleurs été constatés tant en termes de montant que de délai. Les conditions d'exécution de certains marchés ont également été perturbées par un taux de rotation important parmi les personnels d'encadrement.

Il apparaît parallèlement que l'établissement a eu le souci, s'agissant de contrats administratifs relatifs à des conventions d'occupation du domaine public, de prendre des mesures allant bien au-delà de ses obligations et visant à offrir la meilleure transparence possible dans le choix du co-contractant. Cette démarche, louable, fait cependant apparaître des éléments matériels qui conduisent la chambre à s'interroger en raison d'incohérences de date, d'une confusion sur la valeur de certains documents contractuels, voire même sur leur sincérité.

Aux termes de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières « l'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations ».

La chambre régionale des comptes a examiné la gestion du centre hospitalier régional universitaire de Montpellier pour les exercices 2005 et suivants.

1. LA COMMANDE PUBLIQUE AU CHRU DE MONTPELLIER

1.1. Organisation et guides internes

1.1.1. Organisation

L'organisation actuelle de la commande publique au CHRU de Montpellier a fait l'objet d'une modification importante au premier semestre 2007.

Alors qu'une organisation « éclatée » entre les différentes directions prévalait, les acheteurs exerçant leur activité au sein des services techniques, et donc très dépendants desdits services, la création d'une direction spécifique en avril 2007 (note de service n° 75327 en date du 12 avril 2007 visant à regrouper les structures achats de toutes les directions) a permis de sécuriser l'achat public et de faire en sorte que les juristes « marchés publics » et acheteurs soient désormais considérés comme des techniciens à part entière de leur matière, avec une véritable valeur ajoutée pour le processus de la commande publique.

Est ainsi créée à compter du 12 avril 2007 au sein de la direction « investissements-logistique-système d'information » la sous-Direction de la Politique des Achats et de la Règlementation (DPAR), appelée ultérieurement Direction des Achats et des Marchés Publics (DAMP).

Son champ de compétence couvre l'ensemble des achats, des marchés et de l'e-commerce, hors secteur « pharmaceutique ». Il s'agit aussi bien des achats de biens, d'équipements, de prestations et consommables que des approvisionnements hors stocks.

S'agissant des achats pharmaceutiques, il est prévu que soit engagée à terme une réflexion complémentaire visant à harmoniser les procédures, en intégrant par exemple ce domaine dans la sphère d'intervention de la DAMP.

Les approvisionnements de consommables en stocks réalisés sur marchés à destination des magasins, ainsi que les approvisionnements en pièces détachées et de fournitures pour les ateliers, sont confiés quant à eux aux sous-directions techniques de l'établissement : plateforme, blanchisserie, restauration, ateliers du biomédical ou des travaux.

La compétence de la DAMP englobe donc :

- la responsabilité des achats groupés ou non, depuis la formalisation du besoin jusqu'à la contractualisation avec le fournisseur, quelle que soit leur forme juridique,
- la responsabilité de la cellule des marchés,
- la mise en place et le fonctionnement de la plateforme e-commerce.

Pour les achats nécessitant une expertise technique ou d'ingénierie, la DAMP détermine la stratégie d'achat et la procédure, en s'appuyant sur l'expert de la direction technique concernée qui prépare le cahier des charges techniques. Elle est également appelée à établir un pré-rapport sur les offres techniques proposées.

Pour les contrats d'assurances, de conseil juridique ou les achats fonciers, la DAMP est appelée à prendre l'attache de la direction des affaires juridiques.

Enfin, pour les achats à destination des directions non pourvues d'un secteur « achats » (communication et affaires financières par exemple), la DAMP est chargée de valider les demandes avant la mise en place de l'organisation nécessaire à leur réalisation.

De façon concrète, plusieurs services ont été créés au sein de cette direction : il s'agit des services acheteurs (administratifs et comptables) d'un même pôle, ainsi que le service des marchés.

Ces services acheteurs reçoivent les Cahiers des Clauses Techniques Particulières (CCTP) des services techniques et rédigent les pièces administratives. Ils sont donc en relation directe avec les services techniques.

Le Dossier de Consultation des Entreprises (DCE) est ensuite contrôlé par le service des marchés, qui appartient à la même direction. Ce service est également chargé du règlement des litiges.

Au sein des services acheteurs existe une cellule comptable chargée de suivre en temps réel l'exécution des marchés passés, et des personnels administratifs assurent la rédaction administrative des pièces de l'exécution (avenants, actes de sous-traitance, etc.).

L'analyse technique des offres est quant à elle entièrement réalisée par les services techniques. Elle est ensuite combinée avec l'analyse des critères purement administratifs, réalisée par les acheteurs.

Du fait de la création récente de cette direction, le suivi des marchés passés et en partie exécutés au sein des directions techniques selon l'ancienne organisation, c'est-à-dire antérieure à 2007, s'avère pour le moins difficile.

1.1.2. Les guides

L'établissement s'est doté d'un ensemble de guides couvrant différents domaines de la commande publique. Cette démarche positive est à relever, mais elle gagnerait à faire l'objet d'une mise en perspective globale en précisant les dispositions à suivre les unes par rapport aux autres, et en procédant à une mise à jour régulière des différentes informations.

1.1.2.1. Le guide de procédure

La direction de la politique des achats et de la réglementation a élaboré un « guide de procédure » relatif à la passation des marchés publics et des accords-cadres. La version analysée est celle de mai 2010. Elle présente les modalités fixées par le code des marchés publics du 6 août 2006, modifié par les textes législatifs de décembre 2009 et de janvier 2010. En introduction, il est précisé que « *ce guide est à destination des acheteurs et des agents qui sont appelés à passer des marchés pour le CHRU* ».

Le guide est divisé en trois parties, et il est complété d'annexes :

- Partie 1 : définition du besoin et choix de la procédure
  - définition du besoin
  - choix de la procédure
- Partie 2 : présentation des procédures les plus courantes
  - les procédures formalisées
    - . appel d'offres ouvert
    - . procédures négociées

- la procédure adaptée
- l'avenant

- Partie 3 : présentation des procédures particulières
  - les procédures de passation des marchés publics
    . appel d'offres restreint
    . dialogue compétitif
    . concours de maîtrise d'œuvre se rattachant à un marché de travaux
    . procédure de conception réalisation

- Annexes présentant des documents types de transmission en interne.

La partie 1 traite de la définition du besoin, décrit comme étant la traduction de l'exigence de la bonne utilisation des deniers publics, ce qui conduit l'acheteur public à cerner l'objet du marché en recensant les besoins et l'ensemble des fournitures / services / travaux disponibles sur le marché.

Le CHRU prend le parti d'expliquer clairement que « *toute personne publique peut* (…) *entretenir des relations commerciales avec les candidats potentiels aux marchés publics* », notion qui est très rarement présente dans les guides de procédures. S'il est certain que les personnes publiques ne peuvent faire l'économie d'entretenir des échanges avec les fournisseurs potentiels au nom de la connaissance du marché, dans l'optique d'un achat optimal, il est rare de constater qu'un organisme assume pleinement ce mode de fonctionnement et en fasse mention dans un guide interne.

Néanmoins, et à la satisfaction de la chambre, le CHRU prend soin d'exposer les précautions à respecter en matière de relations commerciales avec les fournisseurs : « (…) *aucune disposition du code des marchés publics ne prohibe les échanges qu'est susceptible d'entretenir l'acheteur public avec des fournisseurs dès lors que cet acheteur s'entoure des précautions minimales :*

- *les échanges doivent être antérieurs au début de la procédure de passation ;*
- *ces échanges doivent être effectués dans des conditions de transparence ;*
- *les échanges ne doivent avoir pour seul objet que de permettre à l'acheteur public de mieux définir ses besoins en l'aidant à mieux connaître ses produits ;*
- *et les échanges ne doivent pas aboutir à prédéfinir les produits / prestations / travaux qui seront retenus dans le marché ultérieur* ».

Sont rappelés dans cette partie les principes prévalant à l'expression des besoins, le mode de calcul des seuils et le rapprochement avec les lignes de nomenclature.

La partie 2 concerne la présentation des procédures les plus couramment utilisées : l'appel d'offres ouvert, la procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence, la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence, et enfin le marché à procédure adaptée.

Il est surprenant de constater que l'avenant est inclus dans cette seconde partie du guide, partie relative aux procédures de passation les plus « courantes », ce qui tend à laisser supposer aux lecteurs du guide qu'un avenant est une procédure comme les autres. Or, tel n'est pas le cas. Sous cette réserve, la fiche relative à l'avenant est très complète.

Si la chambre comprend la volonté du CHRU de présenter au mieux les procédures les plus communes et les plus utilisées, il aurait aussi été opportun d'ajouter une partie « exécution » au guide.

La partie 3 traite des procédures particulières : l'appel d'offres restreint, la procédure de dialogue compétitif, le concours restreint de maîtrise d'œuvre, la procédure de conception réalisation et la procédure de passation des accords-cadres.

Cette partie contient seulement des schémas généraux de procédure et ne comprend aucune fiche relative à la procédure interne au CHRU, contrairement aux procédures explicitées dans la partie 2.

Les annexes comprennent :

- une méthodologie en 29 points pour conclure un marché public de conception-réalisation avec phase restreinte de sélection ;
- une fiche relative à la procédure globale d'un contrat de partenariat public-privé ;
- une fiche récapitulative de la passation en procédure adaptée avec rappel des grands principes, méthode à utiliser en cas de nouveau besoin notamment inférieur à 20 000 € HT (à l'époque de la rédaction du guide) ; modalité de calcul de la valeur estimée des marchés, mesures de publicité et suivi des achats ;
- un tableau récapitulatif du caractère communicable des documents de marché public et accord-cadre ;
- des documents de liaison interne présentant des cadres de référence du service acheteur, l'objet, la mention de réserves potentielles, le visa de l'agent de la cellule des marchés et la validation du directeur des achats et des marchés publics :
    - document d'enregistrement MAPA / AVENANT - validation avant signature du représentant du pouvoir adjudicateur ;
    - document d'enregistrement MARCHES FORMALISES - validation avant signature du représentant du pouvoir adjudicateur ;
    - document d'enregistrement - validation des lettres de rejet suite à jury d'examen et d'audition des candidats (conception réalisation) ou jury de classement des offres (maîtrise d'œuvre) ;
    - document d'enregistrement - validation du projet d'avenant ;
    - document d'enregistrement - validation des questions réponses suite à jury d'examen et d'audition des candidats (marché de conception réalisation) ;
    - document d'enregistrement - validation du rapport technique.

La chambre note l'effort de rationalisation et de sécurisation des procédures, que ce soit par la confection d'un guide ou par la mise en place de fiches de liaisons internes visant à anticiper toute erreur. Il est néanmoins indispensable que l'établissement veille à mettre régulièrement à jour ce document. A défaut, ce dernier deviendrait rapidement sans intérêt, voire contre-productif.

1.1.2.2. Le guide de l'achat durable au CHRU de Montpellier

Le CHRU de Montpellier a confectionné un « guide de l'achat durable ». La version étudiée est celle de 2010.

En introduction, le CHRU expose qu'il importe de concilier l'obligation de principe de prise en compte du développement durable dans l'achat public et le respect des principes du code des marchés publics, en particulier l'interdiction de l'introduction de toutes dispositions discriminatoires. L'établissement souhaite s'engager dans la démarche « *de façon résolue mais responsable* ».

Le guide est divisé en deux parties, la première se rapportant à la notion même de développement durable et la seconde relative à la manière de tenir compte des critères environnementaux dans les marchés publics. Il se termine par des annexes comportant des liens internet et la liste des principaux référentiels environnementaux.

Après avoir rappelé dans la première partie la notion de développement durable, le CHRU développe dans la seconde partie non seulement la nécessité de prise en compte du critère

environnemental par l'acheteur public, mais également l'intégration du critère environnemental dans les marchés publics.

L'établissement indique que la nécessité de prise en compte du critère environnemental est d'une part économique (coût final du produit) et qualitative (performance de l'écoproduit) et d'autre part, une obligation juridique tant communautaire (directive n° 2004-18 du 31 mars 2004) que française (code des marchés publics 2006).

Concernant l'intégration du critère environnemental dans les marchés publics, le CHRU donne des conseils aux acheteurs, tant pour la phase préparatoire que pour la phase procédurale de l'achat.

Dans la phase préparatoire, le CHRU insiste sur :

- la définition du besoin qui doit passer par :
  - une définition quantitative et qualitative des produits ;
  - une attention particulière aux conditionnements des produits et aux conditions de livraison ;
- la nécessaire connaissance du marché fournisseur.

Pour la phase procédurale, l'établissement conseille :

- d'indiquer dans l'objet du marché le fait qu'il y ait des considérations environnementales, tout en veillant à ne pas introduire de clauses discriminantes ;
- de prêter attention à la définition des clauses techniques (normes techniques environnementales, critères environnementaux des écolabels, exigences de performance, prise en compte des processus et méthodes de production et l'utilisation des variantes) ;
- de demander les références requises dans la publicité ;
- de pondérer les critères ;
- d'inclure également des critères environnementaux dans les conditions d'exécution du marché.

La volonté du CHRU est donc à souligner. Malgré tout, les préconisations d'un guide ne doivent pas rester sans application, d'autant qu'aucun des marchés étudiés par la chambre n'intègre les préoccupations environnementales. Sans nul doute, les changements de comportement nécessitent du temps, surtout en interne.

1.1.2.3. Le guide de la négociation au CHRU de Montpellier

L'établissement a élaboré un guide de la négociation. Il n'est pas daté mais il est fait mention d'un précédent directeur, ce qui laisse supposer que ce guide a été réalisé entre 2005 et avril 2010.

Le centre hospitalier souhaite promouvoir la pratique de la négociation en son sein, dans un contexte de recherche d'efficience de la commande publique. Ce guide à destination de l'acheteur est très simple à appréhender.

Le guide préconise avant tout à l'acheteur de procéder non seulement à un travail initial de formalisation du besoin mais aussi à un travail d'analyse du marché fournisseur, en rencontrant l'intégralité des fournisseurs potentiels.

Il est rappelé qu'il est interdit, dès que la consultation est lancée, d'entretenir des relations avec des fournisseurs non concernés par la consultation.

Une liste des procédures dans lesquelles il est permis de négocier a été établie et elle rappelle très clairement qu'il est interdit de procéder de la sorte dans le cas d'un appel d'offres.

Le guide fait par ailleurs la distinction entre :

- les agents du CHRU, avec indications des personnels habilités à négocier selon les montants des procédures ;

- les candidats, avec mention des conditions de négociation selon que le marché est adapté ou passé en application de l'article 30 du Code des Marchés Publics (CMP).

Il est enfin mentionné qu'il est interdit de négocier sur la base d'une offre inappropriée.

Le guide rappelle en outre les éléments sur lesquels il est possible de négocier et indique clairement les points qui ne sont pas négociables.

Deux points principaux sont notamment traités :

- les principes juridiques et déontologiques qui guident la négociation :
  - égalité de traitement, à toutes les phases de la procédure ;
  - principe de confidentialité des offres, au regard du secret commercial et industriel ;
  - transparence des procédures, avec indication claire des conditions de négociation ;
  - traçabilité de la négociation, qui doit être écrite, avec tenue d'un registre des négociations ;
- la méthodologie pratique, qui consiste en une série de recommandations d'ordre organisationnel (nombre de réunions, durée des réunions, composition de la commission de négociation, validation des phases de négociation par écrit…).

Dans une dernière partie, le guide rappelle les règles déontologiques dans les relations avec les fournisseurs.

1.1.2.4. La charte de l'achat public

Le CHRU de Montpellier s'est doté sur la période récente d'une « charte de l'achat public ». Elle n'est pas datée mais porte la signature du directeur en fonction de 2005 à avril 2010.

Elaborée pour la partie rédactionnelle par la cellule des marchés et pour la partie conception et réalisation par la direction de la communication, cette charte a pour objet « *d'attirer l'attention des acheteurs sur le respect des principes fondamentaux de la commande publique* ». Elle est à destination de tous ceux qui interviennent dans la procédure d'achat, de la phase de passation à la phase d'exécution.

Cette démarche constitue une réelle volonté de mieux maîtriser les procédures de la commande publique et de faire en sorte qu'elles soient mieux connues des différents acteurs concernés. Elle appelle néanmoins quelques observations.

Cette charte est synthétique et aisément compréhensible, même si elle insiste davantage sur ce qui est interdit que sur ce qui doit être fait.

L'indication temporelle de rédaction est importante au regard des changements constants en matière de réglementation des marchés publics. Or, la charte analysée par la chambre n'a pas été actualisée au regard des dernières évolutions législatives et réglementaires.

Les termes sont également quelquefois mal employés.

Ainsi, à titre d'exemple, « *l'acheteur doit veiller à ne pas être trop précis dans la définition des sujétions techniques au risque de réduire le champ de la concurrence et d'être accusé d'avoir rédigé*

des clauses techniques sur mesure pour un candidat ». Dans le cas d'espèce, le terme « sujétions » est inapproprié car susceptible d'introduire une confusion avec les « sujétions techniques imprévues ».

En page 5, il convient de noter que le qualificatif d'entreprise « moins disante » ne s'emploie plus depuis que les marchés ne sont plus seulement passés sur adjudication. Il est préférable d'utiliser le terme de « mieux disante », ou d'« offre économiquement la plus avantageuse ». Cette habitude de langage permet de ne pas entretenir le flou qui existe encore parfois dans l'esprit des candidats qui considèrent encore que les marchés sont forcément attribués au « moins disant ».

En ce qui concerne le développement durable, il sera supposé que les volets environnementaux et sociaux ont été séparés – dans la forme – dans une volonté de clarification.

Force est de constater néanmoins que la charte, si elle incite les utilisateurs à prendre en compte le développement durable, n'en fait pas une obligation. Par exemple, il est indiqué que « *l'insertion de clauses liées à des considérations environnementales est aussi possible* » (page 4 de la charte). Or, il convient de rappeler que le code des marchés publics, dans ses articles 5 et 14, dispose très clairement que tout processus d'achat doit prendre en compte des objectifs de développement durable, et notamment au travers de l'insertion de spécifications techniques (article 6 du même code).

S'agissant du principe d'égalité traité en page 5, il aurait été opportun d'ajouter, en plus du « temps égal pour l'étude des dossiers », un temps suffisant. Il en est de même pour ce qui est relatif à la méthode d'analyse et de comparaison des offres, qui doit non seulement être « identique » mais également préalablement annoncée.

L'exposé de la charte est très appréciable sur les sujets de délit d'avantage injustifié (page 5), la conduite à tenir avec les fournisseurs (page 6), et la déclaration d'intérêt (page 7). Il est rare de constater que des règles de conduite à tenir avec les fournisseurs soient ainsi formalisées aussi clairement.

Concernant les illustrations de ruptures d'égalité, et plus précisément les infractions relevées par la jurisprudence après l'attribution du marché, notamment le recours aux avenants, l'exemple utilisé peut paraître contre-productif.

En effet, alors que le but est de faire comprendre que les avenants ne doivent pas être, soit un palliatif à la carence de définition des besoins, soit un moyen d'éviter la passation d'un autre marché, on peut aisément retenir de ce paragraphe que les avenants inférieurs à 20 % du montant initial du marché sont tout à fait autorisés.

Or, tel n'est pas le cas et toute passation d'avenant doit rester exceptionnelle, même en-dessous des 15 % à 20 % (pourcentages indiqués dans la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics). Il convient d'indiquer également que la modification de l'objet du contrat est toute aussi importante que l'économie du contrat.

S'agissant de la transparence des procédures d'achat, et principalement des paragraphes relatifs à l'importance de la publicité, à la confidentialité des informations et aux modalités d'accès aux documents administratifs, l'exposé est très explicite.

En revanche, la partie relative à l'information des fournisseurs non retenus se caractérise par un manque de clarté et de précisions. En effet, il n'est nullement fait mention des délais de « *standstill* »[1] et de ses conséquences rédactionnelles ouvrant les procédures de référés, qui se sont développées dans la période récente. Le paragraphe relatif aux modalités d'information des candidats non retenus mériterait ainsi une nouvelle rédaction, visant à davantage de clarté, de simplicité et d'adéquation avec le droit en vigueur.

1 Délai suspensif entre la communication de la décision d'attribution du marché et la signature de ce dernier afin de permettre aux soumissionnaires d'engager, le cas échéant, une procédure de recours. Ce délai permet à un candidat évincé de contester en temps utile la méconnaissance par un pouvoir adjudicateur de ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence.

Enfin, il manque certains éléments qui auraient pu contribuer à la lisibilité et à la compréhension des fins de la commande publique. Il aurait été appréciable, par exemple, de communiquer sur les notions de computation des besoins, de schématiser le circuit d'achat, d'indiquer certains rappels sur les notions d'exécution, comme le service fait, de rappeler la chronologie de la commande publique ou encore d'insister sur les pièces de marchés à garder pour archivage.

1.1.3. La nomenclature applicable au CHRU

Bien que le code des marchés ne rende plus obligatoire la nomenclature des catégories homogènes des fournitures et des services, le CHRU a décidé de maintenir une nomenclature interne.

La nomenclature applicable date du 29 octobre 2007. Elle présente des aménagements spécifiques au milieu hospitalier, en termes de codes.

Un « manuel d'utilisation de la nomenclature et mode de computation des seuils », à destination des services du CHRU, a été réalisé par la direction de la politique des achats et de la réglementation en mars 2009. Ce manuel de cinq pages est d'un abord aisé, clair et illustré d'exemples.

Après avoir traité du problème des dépenses non soumises au code des marchés, le manuel est divisé en deux grandes parties : les FCS et les travaux.

S'agissant des FCS, le manuel rappelle la méthode de computation, et notamment la règle générale qui est « la ligne de nomenclature », c'est-à-dire, en début d'exercice, une prévision sincère des dépenses ayant un caractère régulier pour chaque ligne de nomenclature. C'est cette prévision de dépenses qui détermine le seuil de procédure, étant entendu qu'en cas de marché pluriannuel, il convient de prendre en compte le montant total.

Le manuel liste par la suite les achats qui n'ont pas à être comptabilisés dans le montant de la ligne. Outre les achats captifs, le manuel prend le cas d'un achat ponctuel. Pour ce-dernier, la chambre note qu'il est nécessaire de lire *in extenso* le paragraphe afin de saisir ce qui est visé. En effet, d'emblée, il est possible de comprendre que les achats ponctuels ne doivent pas être computés sur les mêmes lignes. Or, tel n'est pas le cas : « *il peut avoir été prévu dès le début de l'année mais son caractère très occasionnel rend inepte sa computation avec d'autres achats de la même ligne* (…) *chacun de ces achats est traité isolément et c'est le montant propre de cet achat qui détermine la procédure à utiliser* ». Le CHRU illustre le cas des achats ponctuels pouvant faire l'objet de marchés en cas de besoins nouveaux par des exemples.

L'établissement, s'agissant des achats constituant une unité fonctionnelle (article 27), rappelle que cette notion n'a pas de définition réglementaire et qu'elle doit être utilisée avec circonspection.

Le CHRU établit des points précis dans le manuel s'agissant des prestations relevant de l'audit, des études, des nouveaux logiciels et des prestations intellectuelles en rapport avec les marchés de travaux, qui doivent être computés ou projet par projet, ou opération par opération.

S'agissant des travaux, le CHRU rappelle qu'il n'y a pas de notion de nomenclature et que « *c'est la valeur globale des travaux se rapportant à une opération qui est prise en compte, l'opération de travaux étant définie comme la mise en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, d'un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique* ».

L'établissement a choisi le code OPT, en lieu et place d'un numéro de nomenclature. Enfin, le CHRU rappelle que les opérations de travaux peuvent concerner des dépenses d'investissement ou des dépenses d'exploitation, et qu'il existe des travaux n'ayant pas le caractère d'opération.

La conclusion du manuel porte sur le suivi des dépenses par ligne de nomenclature, en identifiant les différents types de dépenses (marché formalisé, MAPA, hors marché, achats groupés), tout en identifiant les achats captifs des achats ponctuels.

Il est enfin rappelé que le rattachement des achats aux différentes lignes de nomenclature doit être réalisé avec le plus grand soin.

1.1.4. Autres modalités d'achat public

1.1.4.1. Les achats groupés nationaux

Le GCS - Uni.H.A, créé en novembre 2005 à l'initiative des CHU, est un groupement de coopération sanitaire qui regroupe 54 membres dont 32 CHU-CHR et 22 grands centres hospitaliers sur l'ensemble du territoire national. Le CHRU de Montpellier en est un membre actif depuis 2007.

Ce GCS représente 45 % des achats de l'hôpital public français, soit plus de 7 milliards d'euros annuels, dont 4,2 milliards pour la pharmacie sur un total public/privé évalué à 17 milliards d'euros. En décidant d'y adhérer, les directeurs généraux de ces établissements ont fixé l'objectif de mutualiser 70 % de leurs achats d'ici à 2012.

Organisé en réseau coopératif, avec une structure de pilotage implantée à Lyon, le groupement comporte 11 filières d'achat : les nouvelles technologies de l'information et de la communication, l'ingénierie biomédicale, la biologie, la restauration, les services, la fonction linge, les consommables et les équipements de services de soins, les fournitures de bureau et la bureautique, l'hygiène et la protection du corps, la formation et les ressources humaines, la pharmacie (médicaments et dispositifs médicaux).

Uni.H.A n'est pas une centrale d'achats ou de référencement. La décision achats est portée par les coordonnateurs de filière au nom des 54 adhérents. Il s'agit ainsi d'un réseau coopératif reposant sur l'expertise des établissements membres et visant à optimiser les achats en termes de prix et de qualité.

Le CHRU de Montpellier prend à sa charge la coordination de 3 consultations : micro-informatique, transports aériens de greffons et d'équipes chirurgicales, fournitures de carburants par cartes accréditives. Au 31 décembre 2009, le CHRU s'est positionné sur 57 consultations.

1.1.4.2. Les achats groupés régionaux

En 2007, la DHOS a demandé aux ARH de favoriser l'émergence d'initiatives régionales en matière de coopérations interhospitalières dans le domaine des achats et des activités logistiques.

Sur proposition du comité de pilotage regroupant les établissements et l'ARH, 3 axes ont été retenus pour un accompagnement financier de l'ARH et de la MEAH :

- la création d'un réseau régional ;
- la création d'une plateforme, de type web, d'échanges collaboratifs ;
- la mise en place d'un programme commun de formation à l'achat.

En 2 ans, les projets définis ont été réalisés :

- Piloté par le CHRU de Montpellier, le RESAH-LR se compose de 18 centres hospitaliers (Alès, Bagnols-sur-Cèze, Bassin de Thau, Béziers, Carcassonne, Castelnaudary, Lamalou-les-Bains, Lézignan-Corbières, Mende, Montpellier, Narbonne, Nîmes, Perpignan, Ponteils, Port-la-Nouvelle, Saint-Alban-sur-Limagnole, Thuir, Uzès).
- La plateforme collaborative (www.resahlr.fr) est en fonctionnement et permet à

l'ensemble des acheteurs d'accéder aux pièces de marché des consultations groupées, d'échanger des informations et documents sur leurs propres consultations, de référencer leurs experts techniques de différents domaines, de partager une veille juridique. L'utilisation de la plateforme comme espace de stockage de l'ensemble des pièces de marché de chaque établissement est en cours de définition.

- Le CH de Bagnols-sur-Cèze en partenariat avec l'ANFH a mis en place une formation à l'achat à laquelle ont participé des acheteurs de chaque établissement membre du réseau.

En terme d'achats groupés, 7 sujets ont donné lieu à des consultations : les consommables et prestations DASRI (Déchets d'Activités de Soins à Risques Infectieux - coordonnateur CH de Béziers), les transports sanitaires héliportés (coordonnateur CHRU de Montpellier), la fourniture d'électricité (avec UNI.H.A par l'intermédiaire du CHRU de Montpellier), les fournitures pour ateliers (coordonnateur CHRU de Montpellier), la téléphonie fixe vers le mobile (coordonnateur CHRU de Montpellier).

1.1.4.3. Approvisionnement en ligne ou « e-procurement »

Depuis 2002, le CHRU de Montpellier s'est engagé dans la voie de la dématérialisation du processus d'approvisionnement (demande interne, commande, réception, facture).

Depuis 2005, il coordonne le groupement des CHU pour la mise en œuvre d'une plateforme électronique d'approvisionnement (AUREA) qui permet d'héberger les catalogues électroniques des fournisseurs retenus en marchés et d'optimiser le processus d'approvisionnement (rapidité, sécurité, productivité).

Sur la partie e-procurement, le CHRU de Montpellier a pu ainsi développer le commerce électronique dans les domaines suivants :

- fournitures de bureau ;
- produits de l'incontinence ;
- réactifs et produits de biologie ;
- odontologie, ostéosynthèse, oxygénothérapie, petit matériel médical, instrumentation ;
- blanchisserie.

En 2009, ce sont ainsi près de 120 catalogues électroniques qui ont été mis en production.

L'actuel ordonnateur a apporté des éléments de réponse sur cette partie « organisation et guides internes », relatifs à plusieurs recommandations formulées par la chambre et portant principalement sur les aspects organisationnels de la commande publique.

- Il précise tout d'abord que l'ensemble des marchés et des commandes non pharmaceutiques sera regroupé avant la fin de l'exercice 2011 et que la réflexion sur l'intégration des achats pharmaceutiques est en cours avec l'objectif de finalisation d'une nouvelle organisation au premier trimestre 2012. Il ajoute que l'objectif de cette démarche n'est pas uniquement de sécuriser les procédures mais également de mettre en place des politiques et stratégies d'achats permettant des gains économiques, à l'instar d'UNI.H.A qui a permis un gain de 3 millions d'euros par an.

- L'établissement indique par ailleurs que l'étape fondamentale de définition des besoins est inscrite dans le guide de procédure publié en octobre 2011 et est enseignée aux acheteurs. Des rappels sur les limites du recours à l'avenant ont également lieu au cours de réunions ponctuelles, et à l'occasion de la publication d'un bulletin d'information (INFO CELMA) qui communique sur la jurisprudence ou qui approfondit des thèmes précis comme l'avenant.

- Un effort complémentaire particulier doit aussi être fait, principalement sur les opérations de travaux, ce qui constituera un des points majeurs abordés en 2012, par un contrôle renforcé des acheteurs sur les prescriptions des directions techniques et sur le respect des programmes

contractualisés. Le CHRU souligne toutefois que la majeure partie des travaux sont de type réhabilitation en site occupé, et non des travaux neufs, assortis de contraintes très fortes d'hygiène, de confinement, de continuité de service, de sécurité, souvent peu propices à une parfaite définition des besoins.

- Une centralisation des documents a été mise en place depuis la création de la cellule des marchés : les outils et clausiers sont regroupés dans un guide de procédure, dont le format a été modifié et transformé en classeur comportant des fiches actualisables en fonction de l'évolution de la réglementation de la commande publique. Cette formule « papier » s'ajoute à la version dématérialisée présente sur « i-doc ».

- La charte de l'achat public et le guide de la négociation, édités en 2005, seront revus à l'occasion de la parution des nouvelles directives européennes prévues en 2012, qui devrait élargir le champ de la négociation. Ces documents ont d'abord vocation à rappeler tous les grands principes de la commande publique et les sanctions encourues en cas de non-respect. Les points plus juridiques sont précisés dans les autres documents destinés aux acheteurs. Certains termes utilisés sont donc des notions de langage courant et non des notions juridiques. L'actualisation tiendra compte des remarques de la chambre.

- L'établissement a également indiqué que la prise en compte de ces préoccupations nécessite une appropriation culturelle, nécessairement lente et difficile dans certains domaines particuliers et notamment pour ce qui a trait au domaine de la santé.

- Le recours aux accords-cadres est une possibilité nouvelle qu'il a fallu « rôder » et un certain nombre de marchés ont été passés sous cette forme.

- Le CHRU précise par ailleurs qu'autant dans le domaine des travaux la publication des avis d'appel public à la concurrence est quasi-systématiquement élargie à la presse spécialisée, autant dans les autres domaines les choix de publication sont plus nuancés, du fait des coûts des publicités. Les supports dématérialisés sont utilisés (profil acheteur et sites spécialisés).

- S'agissant enfin de la poursuite nécessaire de la professionnalisation de la fonction achat, plusieurs axes d'action ont été initiés depuis la création de la direction des achats :

  - structuration de la direction des achats par grands domaines d'achats, avec des périmètres d'achat et des responsabilités mieux définis et plus homogènes ;

  - professionnalisation du métier d'acheteur, par des formations notamment diplômantes, des programmes de formations spécifiques et une reconnaissance statutaire ;

  - amélioration des outils à disposition des acheteurs, par des guides, mises à jour des clausiers, chartes et par la recherche complémentaire d'un « système d'information achats » éventuellement mutualisé au niveau d'UNI.H.A.

1.2. Analyse de divers marchés

1.2.1. Typologie des achats du CHRU

La commande publique est un élément important de l'économie puisqu'elle représente au niveau national 120 milliards d'euros par an[2], soit environ 10 % du PIB. Cette importance se retrouve aussi au niveau local.

En effet, selon un article paru dans un document interne, les achats du CHRU s'élèvent à environ 250 millions d'euros par an, répartis respectivement à hauteur de 40 % en investissement et 60 % en fonctionnement[3]. Cet article ne précise toutefois pas si les 250 millions annuels concernent les achats réalisés sur marchés et hors marchés.

---

2 Chiffres issus du site http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/index.html.
3 Voir journal interne du CHRU « Objectif lettre » du mois de décembre 2010.

L'approche cartographique qui suit n'a pas pour vocation d'être exhaustive. Il s'agit de faire un instantané à une date arrêtée de la répartition des grandes masses financières consacrées à l'achat public.

Les graphes ci-après ont ainsi été élaborés à partir de la liste des mandats émis sur les exercices 2007 à 2010 compris, produits par l'établissement à la demande de la chambre sous forme électronique, en fonction des codes nomenclature appliqués au CHRU. L'année 2006 n'a pu être fournie, l'établissement l'expliquant par l'archivage opéré pour cet exercice.

Il convient de noter que l'étude ne saurait porter sur l'intégralité des codes de la nomenclature. Ont seuls été pris en compte les plus grandes masses financières et les codes de la nomenclature présentant un caractère spécifique lié aux activités du CHRU.

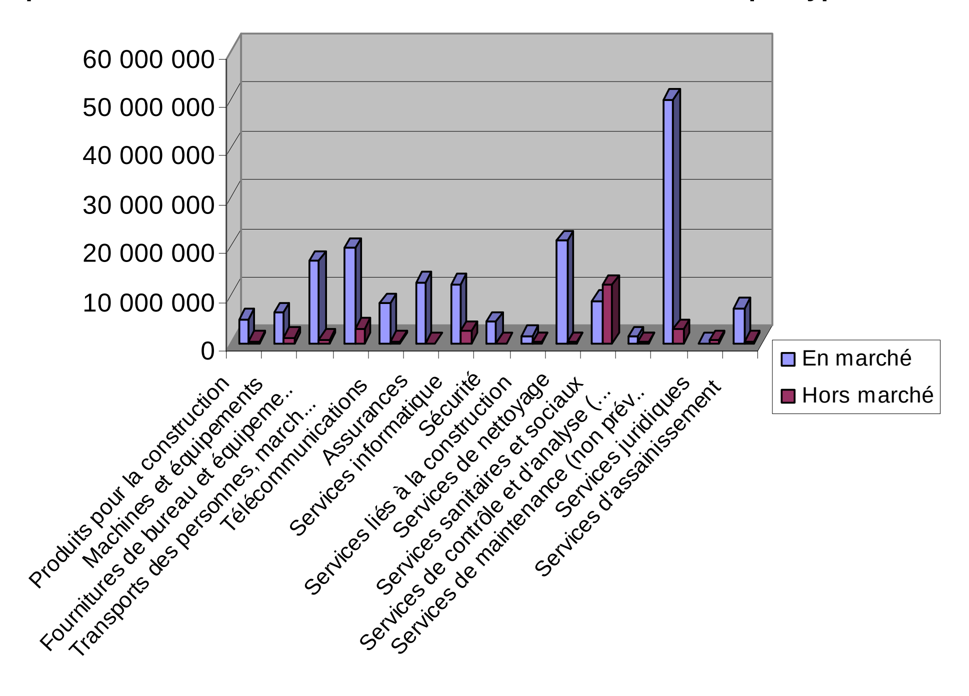
De plus, pour une analyse plus réaliste, les mandats hors marchés ont également été comptabilisés.

Les achats pris en compte sont donc ceux présentés dans le tableau ci-après, comprenant les exercices de 2007 à 2010 inclus. Le montant total est de 907 075 717 € (marchés et hors marchés). Le « hors marchés » représente 5,8 % de la valeur des achats passés dans le cadre de marchés, et 5,5 % du montant total.

	En marché	**Hors marché**	**Pourcentage hors marché / marché**
Travaux	153 393 106,40	5 528 099,24	3,60
Produits de la santé	527 321 380,40	19 075 369,90	3,62
Instruments de précision	742 779,51	71 862,15	9,67
Produits pour la construction	1 385 450,42	180 186,76	13,01
Matériels et équipements d'éclairage	3 665 406,87	237 337,44	6,48
Machines et équipements	6 357 895,08	1 188 005,40	18,69
Machines de bureau et équipement informatique	13 509 560,32	421 234,38	3,12
Petites fournitures de bureau	3 419 376,09	308 975,00	9,04
Transports des personnes, marchandises et autres	19 495 922,78	3 073 398,07	15,76
Télécommunications	8 110 170,13	454 798,12	5,61
Assurances	12 550 146,96	26 224,26	0,21
Services informatiques	12 256 328,10	2 505 795,58	20,44
Sécurité	4 509 878,34	11 203,01	0,25
Services liés à la construction	1 659 992,69	180 650,36	10,88
Services de nettoyage	21 136 368,64	314 380,54	1,49
Services sanitaires et sociaux	8 831 618,56	11 978 953,50	135,64
Services de contrôle et d'analyse (produits, fluides, équipements…)	1 427 693,13	304 733,02	21,34
Services de maintenance (non prévus ailleurs)	50 068 622,39	2 922 903,03	5,84
Services juridiques	110 752,03	617 876,47	557,89
Services d'assainissement	7 237 266,84	484 015,27	6,69
TOTAL	**857 189 715,68**	**49 886 001,50**	**5,82**

Les travaux et les produits de la santé représentent d'importantes masses financières. Pour avoir une vision plus détaillée, on obtient la répartition suivante, en retirant ces deux catégories d'achat :

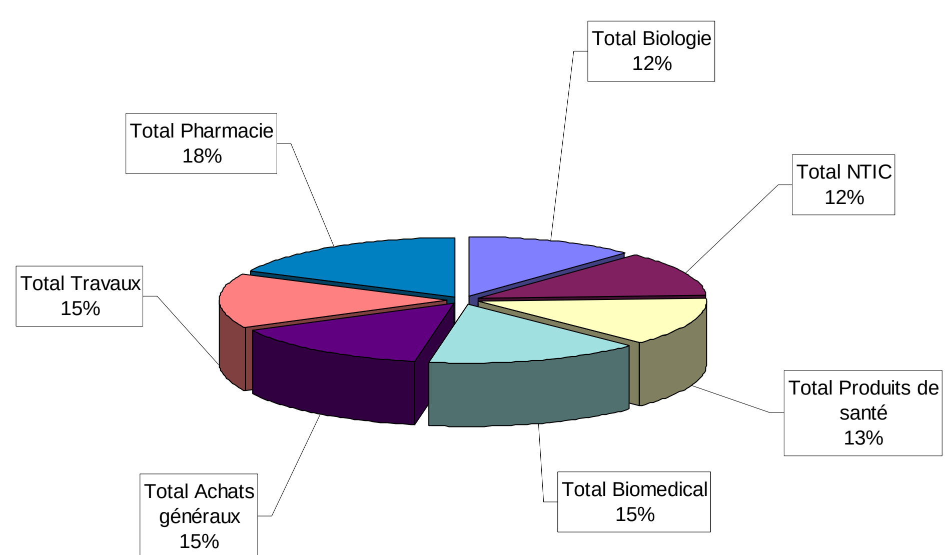
Représentation des commandes en marché et hors marché par type d'achats



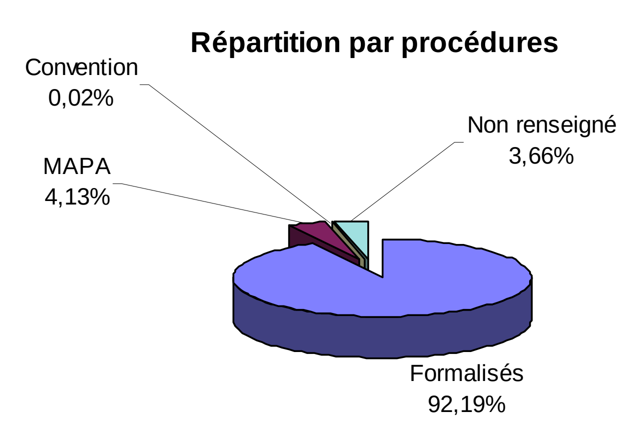
En complément des fichiers informatiques de mandats, l'administration hospitalière a également produit à la chambre un fichier reprenant l'intégralité des marchés passés depuis janvier 2006.

En partant de ces dernières données (la liste des marchés), la répartition des masses d'achats par secteurs, eux-mêmes déterminés par l'administration hospitalière, est la suivante :

Répartition des achats par secteurs



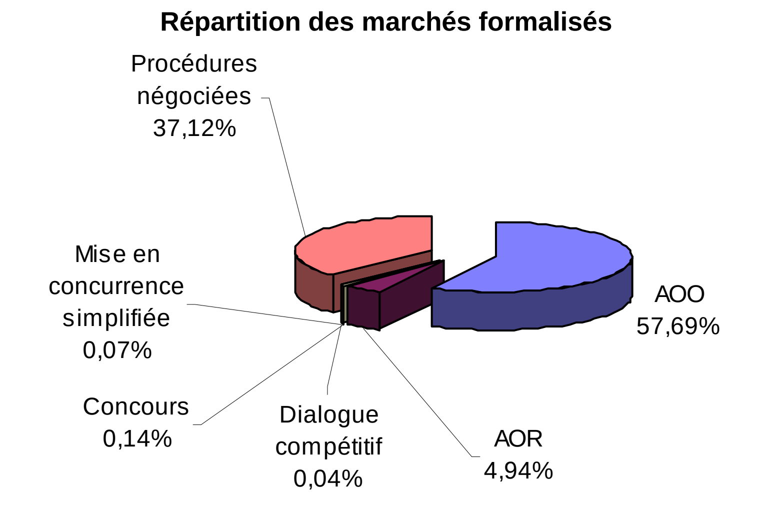
En classant les marchés par type de procédure utilisée, il apparaît que les marchés formalisés sont très largement majoritaires et représentent environ 92 % de l'ensemble des marchés passés.



Il convient cependant de s'interroger sur les achats dont la procédure n'est pas renseignée, ces derniers représentant plus de 25 millions d'euros (données issues des fichiers fournis par l'établissement).

Le CHRU indique que les achats « hors marchés » ne sont répertoriés comme tels dans le système d'information que depuis le courant de l'année 2009. Les dépenses non soumises au code des marchés ou soumises à des monopoles règlementaires sont enregistrées sans mode de passation. L'établissement précise qu'il est prévu de reconsidérer les typologies existantes dans le système d'information, dans la mesure où ce sera techniquement possible, de façon à codifier spécifiquement ce type de dépenses.

Au sein des procédures formalisées, le poids des marchés négociés, quelle que soit la forme utilisée, est extrêmement important (plus de 18 millions d'euros).



Il est rappelé que cette cartographie a été réalisée à partir des données transmises par l'établissement à la chambre. Un certain nombre d'éléments sont cependant absents.

En effet, dans un premier temps, il convient de noter que le libellé du marché ne saurait être l'équivalent de l'objet du marché, lequel décrit de manière aussi exhaustive que possible l'étendue des

besoins. Or, le tableau transmis fait seulement état des libellés, donnée insuffisante pour une étude approfondie. L'administration hospitalière a indiqué à la chambre que le logiciel utilisé ne permettait pas d'entrer les objets des marchés, du fait d'un nombre limité de caractères.

Dans un deuxième temps, le seul montant « réalisé » ne permet ni de savoir quel était le montant initial de passation, ni et subséquemment, si des avenants ou marchés complémentaires sont intervenus. Avoir les montants initiaux de passation permet également de savoir si des indemnités ont été versées en cas de minimum non atteints. En tout état de cause, les montants de passation et les estimations sont un indicateur important de l'estimation des besoins.

S'agissant dudit « montant réalisé », il importe de noter que 638 marchés conclus – et parfois éteints – sont égaux à zéro, ce qui représente plus de 6 % des marchés.

L'administration hospitalière a indiqué que ces marchés portés à zéro relevaient d'une erreur dans le logiciel.

Il est également apparu intéressant de connaître :

- la liste des protocoles transactionnels conclus depuis 2006, et notamment les montants, objets et parties. Cette liste a été fournie par l'administration hospitalière. Il n'y a rien à relever en particulier et il apparaît que peu de protocoles sont passés ;
- la liste des marchés déclarés sans suite. Transmise par l'administration hospitalière, cette liste n'appelle pas d'observation particulière.

Dans un troisième temps, il convenait de déterminer ce que recouvre la notion de « conventions », lesquelles représentent soit un montant de 117 301,54 € si l'on se réfère seulement au classement par mode de passation, soit 19 725 483,78 € si l'on en croit le classement effectué par type de marché.

La chambre relève que figure une « convention » passée avec l'UGAP pour un montant de plus de 19 millions d'euros, courant de 2006 à 2015. S'il est inscrit « convention », aucune autre explication n'existe dans le tableau et il est impossible de connaître la raison d'une durée aussi importante, surtout avec un opérateur tel que l'UGAP.

En tout état de cause, les données ne permettent pas d'avoir une explication détaillée sur la nature des conventions, et bon nombre d'entre elles sont classées en « marchés ». Or, les notions de conventions et de marchés ne sauraient être assimilées.

L'administration hospitalière a indiqué que les conventions étaient des héritages des conventions passées avec l'UGAP, notamment lorsqu'il n'y avait pas d'autres solutions que de passer par ce mode de convention. Les conventions signées correspondent à des adhésions à l'UGAP, obligatoires dans le cadre du code de 2001. Par mesure de simplification, ces dépenses dites UGAP ont continué à être enregistrées avec un même code. Une nouvelle codification UGAP devrait être prochainement mise en place.

1.2.2. Sélection d'un échantillon

5 181 marchés ont été notifiés depuis 2006 par l'établissement hospitalier.

Il a été relevé *supra* que le fichier des mandats et la liste des marchés concernés ont fait l'objet d'une transmission sous une forme numérique afin d'en faciliter l'exploitation, en ne prenant pas en compte les achats pharmaceutiques et les dispositifs médicaux, car hors compétence de la DAMP.

Plusieurs marchés significatifs ont alors fait l'objet d'un examen détaillé, l'objectif étant de porter une appréciation sur les conditions de leur passation et sur les modalités de leur exécution.

Les marchés sélectionnés sont relatifs à des travaux, à des prestations intellectuelles, et à des services et fournitures. La passation de ces marchés se situe entre 2005 et 2010.

La récurrence de certains attributaires, le type de procédure utilisé, l'objet du marché ou encore le montant contractualisé et/ou réalisé ont servi de fondement à cette sélection.

	Marchés de travaux	Prestations intellectuelles	Services	Fournitures
Montants mandatés en janvier 2011	27 946 908,26	165 986,90	2 063 866,16	951 853,75

Pour faciliter la lisibilité et la compréhension de cette analyse, la chambre a fait le choix de présenter les marchés examinés par nature d'achat, puis pour chaque nature de marché, par chronologie de passation.

Pour chaque item analysé sont successivement présentées la carte d'identité du marché, la phase de passation puis celle d'exécution.

1.2.3. Marchés de travaux

1.2.3.1. Marché numéro 050966 - « Création de lits en néonatalogie » - lot 12 - Courants forts / courants faibles / sécurité incendie

L'analyse de ce marché appelle les principales critiques suivantes :

- estimation des services du CHRU éloignée des offres reçues ;
- carence dans le recensement préalable des besoins, avec un questionnement sur la crédibilité des choix opérés ;
- introduction de sous-critères non prévus au règlement de la consultation susceptible d'introduire une rupture d'égalité dans l'analyse des offres des candidats ;
- interrogation quant au respect du délai de « *standstill* » ;
- justification du recours à certains avenants ;
- montant du marché après les avenants en augmentation de 22,18 % par rapport au montant du marché initial, et de + 31 % en réalisé au mois de janvier 2011. Remise en cause de l'économie générale du contrat.

<u>Modalités de passation du marché</u>

Le marché, de type forfaitaire, attribué à l'entreprise SOMITEG, porte sur le lot 12 « courants forts / courants faibles / sécurité incendie ». Ce marché fait partie de l'opération relative à la « création de lits en néonatalogie », qui comprend 14 lots techniques. La procédure utilisée est l'appel d'offres ouvert.

Concernant les pièces du marché, seul le fait que le règlement de la consultation soit noté comme pièce contractuelle dans le cahier des clauses administratives particulières peut être relevé comme étant irrégulier, ce qu'a reconnu la personne publique.

La chambre note que le CHRU a indiqué des sous-critères de pondération.

L'avis d'appel public à la concurrence en date du 26 août 2005 n'appelle pas de remarques particulières, tant de fond que de forme, dans l'intégralité de ses modalités. 4 plis ont été réceptionnés dans les délais pour le lot 12, soit avant le 10 octobre 2005.

Les candidatures ont été ouvertes par la commission d'appel d'offres réunie en date du 11 octobre 2005 et les 4 offres ont été agréées par la même commission, réunie le 4 novembre 2005, suivant en cela l'avis des services. Les offres ont conséquemment été ouvertes, laissant apparaître des offres dont les montants varient de - 13 % à - 44 % par rapport à l'estimation des services.

IV - CANDIDATS CLASSES PAR ORDRE CROISSANT D'OFFRE AU VU DU MONTANT DE L'ACTE D'ENGAGEMENT

CANDIDATS / LOCALISATION	MONTANT H T EUROS	MONTANT TTC EUROS	ECART / BUDGET
SOMITEG	237 178,07	283 664,97	-44,02%
JP ELEC	331 076,50	395 967,49	-21,85%
AMEC SPIE	345 719,90	413 481,00	-18,40%
MULTITEC	368 319,17	440 509,73	-13,06%

Source : Extrait du Rapport d'analyse des offres

Des questions sur le maintien de leur offre ont été posées aux candidats, lesquels ont confirmé leurs propositions par télécopie en date du 17 novembre 2005. L'offre de la société AMEC SPIE n'a pas été retenue en raison de l'absence de fourniture d'un mémoire technique.

Interrogé sur cette différence significative de montant par rapport à l'estimation initiale, l'établissement a indiqué que le maître d'œuvre avait effectivement surestimé les articles suivants :

- l'article 12.6.6.1.1 pose des gaines de tête de lit présentait un écart de 20 000 € HT ;
- l'article 12.8.7 essais et contrôles présentait un écart de 50 000 € HT ;
- l'article 12.7.1.3 travaux dans local technique des courants faibles présentait un écart de 15 000 € HT.

Concernant l'analyse des candidatures et des offres, la qualification Qualifelec E3C4 - APMIS était requise, avec mention de l'acceptation de références équivalentes de maximum 5 années.

L'attributaire disposait quant à lui de la qualification E3C3 mais le pouvoir adjudicateur a considéré que les références produites étaient équivalentes à celle requise. Les critères de sélection des offres étaient 30 % pour la qualité technique et 70 % pour le prix.

Si l'analyse des candidatures ne laisse pas apparaître d'anomalie particulière, tel n'est pas le cas de l'analyse des offres qui pose quelques difficultés au regard des critères de sous-pondération.

Le point relatif à la visite du site

En effet, si le pouvoir adjudicateur incite très fortement les candidats à visiter les lieux, il n'en demeure pas moins que cette visite ne peut entrer en compte dans l'analyse des offres.

En effet, l'article 53 du code des marchés publics alors en vigueur énonçait que les critères choisis devaient servir uniquement à déterminer l'offre la plus à même de pourvoir le besoin de la personne publique. En aucun cas, une visite de site ne peut contribuer à déterminer si l'offre présentée répond aux besoins exprimés. Si la visite est rendue obligatoire dans un règlement de consultation, le fait qu'un candidat n'ait pas effectué cette visite influe sur la régularité de l'offre (compétence liée) et non sur l'analyse proprement dite de l'offre.

Que tous les candidats aient obtenu l'intégralité de la note ne contrebalance pas le fait qu'il est discriminant que la visite fasse l'objet d'une pondération de 15 % dans l'analyse des offres.

Sur cette question, le CHRU a précisé que le RC (règlement de la consultation) mentionne dans son article 2-15 qu'« *Une visite des locaux est fortement conseillée aux entreprises répondant à l'appel d'offres* ». La visite n'était donc pas obligatoire.

S'il est certain que la visite est seulement « conseillée » dans le règlement de la consultation, il n'en demeure pas moins qu'elle fait l'objet d'une notation et que *de facto*, malgré la mention figurant dans le RC, il s'agit d'un sous-critère de jugement des offres, ce qui laisse supposer que cette visite est pratiquement obligatoire.

Le DPGF (Décomposition du Prix Global et Forfaitaire)

Le sous-critère « présentation DPGF » de jugement de la valeur technique est par ailleurs surprenant au regard du fait que le sous-critère « cohérence des prix et des quantités de la DPGF » est déjà pris en compte dans l'analyse du critère prix.

PRIX (Coefficicent pondération 70 %)
Prix Global et Forfaitaire € TTC (80%)
Cohérence des prix et quantités (20%)
Note intermédiaire 1
QUALITE TECHNIQUE (Coef pondération 30 %)
Présentation DPGF (15%)
Visite sur site (15%)
Fiches techniques des produits (30%)
Notes Méthodologiques (40%)
Note intermédiaire 2
NOTE GLOBALE (somme des notes) soit 1*70% + 2*30%

Source : Extrait du Rapport d'analyse des offres

Le CHRU considère à cet égard qu'il n'y a pas de sous-critère pour le critère 1, en ces termes : « *Le RC mentionne dans son article 5 "Critères de jugement des offres (2ème enveloppe) selon les critères de pondération suivants :*

1- qualité technique de l'offre (30 %) appréciée en fonction de la qualité des produits proposés selon fiche technique et liste des marques ainsi que des notes méthodologiques

2- prix global forfaitaire (70 %)."

Il n'y avait donc pas de sous-critère pour le critère 1. Afin de conforter ceci, je vous retransmets le RC et le rapport de classement des offres, dans le cas où les documents fournis étaient erronés ».

Force est de constater que bien que le RC ne fasse pas état des sous-critères de jugement, le rapport de classement des offres renvoie lui à un tableau d'analyse qui en comporte.

Ce tableau d'analyse fait état du critère « valeur technique » pour 15 %, d'une note portée au titre de la « présentation DPGF », et du critère « prix » de « la cohérence des prix et quantités » pour 20 %. Aussi, la question reste entière.

En complément sur cette analyse de la phase de passation du marché, la chambre ne dispose par ailleurs d'aucune indication sur le respect du délai de *standstill*.

Sous réserve de ces observations, le rapport de présentation, prévu en application de l'article 79 du code des marchés, est dûment établi et régulièrement signé.

Le marché a été notifié le 4 janvier 2006 et a été validé par l'autorité de tutelle, la Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales (DDASS), le 11 janvier 2006.

Modalités d'exécution du marché

Le commencement des prestations était prévu à compter de la date de notification de l'Ordre de Service (OS) de démarrage.

Sur ce point, le directeur de la DAMP du CHRU a précisé que : « *L'OS de démarrage a été notifié le 30/01/2006 pour un début de prestation le 1er mars 2006. Le délai d'exécution était de 24 mois décomposé en 5 phases (phase 1 : 6 mois, phase 2 : 6 mois, phase 3 : 2,5 mois, phase 4 : 4 mois, phase 5 : 1 mois).*

La somme de la durée des phases est différente du délai d'exécution, les phases étant entrecoupées de déménagements de services exécutés en interne ».

Un premier avenant, d'un montant de 6 483,83 € HT soit 7 754,66 € TTC, a été notifié à l'entreprise le 12 juin 2007. Le nouveau montant du marché est donc porté à 243 661,90 € HT, soit 291 419,63 € TTC. Le pourcentage d'augmentation du marché est donc de 2,73 %.

Cet avenant est le prolongement de deux fiches de travaux modificatifs :

- numéro 13 : devis en date du 12 février 2007 d'un montant de 1 211,50 € HT. Son objet est l'alimentation d'un box de réanimation en courant ondulé indépendant au motif que « *celui-ci est situé en dehors du chantier et l'alimentation en courant ondulé du chantier est à déposer* » ;

- numéro 14 : devis en date du 8 mars 2007 d'un montant de 5 272,33 € HT. La justification avancée est la suivante : « *suite à des modifications de locaux demandés par le service des soins intensifs pour améliorer le circuit de préparation des soins, et augmenter les zones de stockage pendant les phases 3 et 4 du chantier, il est nécessaire de prévoir des luminaires, prises, alimentations et câblages supplémentaires car ce sont des locaux en plus à alimenter* ».

Le fait que les services demandent des modifications dénote une lacune dans la définition préalable des besoins. Néanmoins, le pourcentage d'augmentation de cet avenant n'est pas de nature à remettre en cause l'économie générale du contrat.

Un deuxième avenant, d'un montant de 25 554,60 € HT soit 30 563,30 € TTC, a été notifié à l'entreprise le 12 juin 2007. Le nouveau montant du marché est donc porté à 269 216,50 € HT soit 321 982,93 € TTC. Le pourcentage d'augmentation de cet avenant, par rapport au marché initial, est de 13,50 %.

Cet avenant est le prolongement d'une fiche modificative numéro 17, en application d'un devis du 5 mars 2007 d'un montant de 25 554,60 € HT, soit 30 563,30 € TTC.

Le pouvoir adjudicateur avance les justifications suivantes :

- modifications dues au changement de réglementation concernant les alimentations principales des services de soins, les branchements ne pouvant se faire au niveau des armoires situées en rez-de-chaussée comme prévu initialement ;

- des demandes complémentaires au niveau des installations émises par les utilisateurs : prises de courant, prises informatiques, monitorage global des secteurs, luminaires, non prévues au cahier des charges et dues aux adaptations faites avec les matériels et mobiliers choisis et à installer ;

- des compléments de prestations demandés pour l'exploitation des ouvrages électriques, à savoir des disjoncteurs de protection dans l'armoire principale et des fourreaux en plafond de circulation permettant de câbler sans soulever les faux plafonds, cette circulation étant située hors chantier ;

- une modification du système de sécurité incendie, à savoir le paramétrage d'une centrale fournie par le CHRU (provenant de la démolition des unités de psychiatrie) mais non adaptée au système d'exploitation d'Arnaud de Villeneuve. Cette prestation n'était pas prévue dans le cahier des charges car lors de l'étude, l'exploitant du système, qui avait été interrogé pour validation du principe, n'avait pas alerté l'établissement sur ce point.

Les changements de réglementation, s'il est certain qu'ils peuvent être fréquents, n'arrivent en général pas de manière totalement inopinée. Il appartenait en l'espèce au CHRU d'anticiper. Il convient toutefois d'admettre que les conditions matérielles et logistiques ne sont pas toujours réunies en pratique.

Sur le changement de réglementation, et le fait qu'il aurait été éventuellement envisageable d'anticiper cette situation, le directeur de la DAMP du CHRU n'a pas été en mesure d'apporter des explications au motif que les personnes responsables de cette opération n'étaient plus en poste dans l'établissement. La chambre considère que cet argument n'est pas recevable.

S'agissant de la modification du système de sécurité incendie, il est légitime de se demander si des études plus poussées n'auraient pas permis de déterminer que la centrale n'était pas adaptée. A cet égard, l'exploitant du système n'a pas fourni d'informations idoines.

Aucune autre information n'a été donnée par la suite.

Enfin, s'agissant des demandes complémentaires des utilisateurs, force est de constater qu'elles traduisent une carence dans le recensement préalable des besoins.

Un troisième avenant est intervenu, notifié en date du 2 janvier 2008. Cet avenant avait pour objet de modifier le phasage de l'opération. En effet, l'opération en 5 phases devait durer 19,5 mois. L'opération avec la fusion des phases 3 et 4, objet de l'avenant, a été portée à 19 mois.

Un quatrième avenant a été notifié à l'entreprise le 29 juillet 2008. D'un montant de 20 579,31 € HT, soit 24 612,85 € TTC, le montant du marché est porté à 289 795,81 € HT soit 346 595,79 € TTC. Le pourcentage d'augmentation du marché ressort donc à 22,18 %.

Cet avenant a été passé dans le prolongement des modifications imposées par plusieurs fiches de travaux modificatifs, détaillées ci-après :

- « *Fiche de travaux modificatifs n° 36 : en application d'un devis de 20 579,31 € HT :*

• *Demande de câblage informatique pour la réanimation pédiatrique suite au départ en tiroir du service, un état des lieux a été fait une fois les locaux vides avec la nécessité de mettre en conformité toute la zone de réanimation.*

• Afin de permettre la dépose de l'ancienne installation électrique des soins intensifs de néonatalogie, les travaux de mise en place de lignes provisoires ont été nécessaires dans le secteur du bloc obstétrical situé au-dessous de la zone des travaux.

• Lors des travaux de confortement des planchers et pour permettre l'implantation d'une gaine coupe-feu pour le désenfumage en rez-de-chaussée des adaptations et dévoiements de réseaux ont été nécessaires, ces travaux n'ont pas pu être anticipés pendant l'étude du fait de la non possibilité d'accéder aux locaux.

• Dans certains boxes de réanimation et de soins intensifs, des spots sont à rajouter afin d'augmenter l'éclairement insuffisant cela vient en retour d'expérience des zones déjà livrées dans lesquels les boxes sans second jour sont sombres.

- *Fiche de travaux modificatifs numéro 46 : dévoiement de câbles et déplacements de prises et interrupteurs pour permettre le recloisonnement d'un vestiaire et d'une salle de soins.*

- *Fiche de travaux modificatifs numéro 55 : mise au point du plan d'aménagement de la réanimation néonatale avec les utilisateurs suite à la réunion des phases 3 et 4.*

- *Fiche de travaux modificatifs numéro 58 : modification du contrôle d'accès des portes entre les réanimations néonatales et pédiatriques.*

- *Fiche de travaux modificatifs numéro 62 : rajout de prises et déplacement d'un interrupteur dans la salle de décontamination et espace de surveillance de la réanimation néonatale.*

- *Fiche de travaux modificatifs numéro 63 : modification dans le vidoir de la réanimation pédiatrique pour mise en place d'un lave-bassin.*

- *Fiche de travaux modificatifs numéro 64 : mise en place d'un faux plafond dans une réserve, cela implique la dépose de l'ancien luminaire et la repose d'un nouveau à encastrer dans le faux plafond* ».

Un ordre de service a été notifié à l'entreprise le 7 juillet 2008.

Le directeur de la DAMP du CHRU a indiqué que les avenants 1 et 3 n'ont pas été soumis à la CAO car le 1er avait une incidence financière inférieure à 5 % et le 3ème n'avait pas d'incidence financière. Les avenants 2 et 4 ont été soumis à la CAO.

Concernant la réception des opérations, les travaux de la **phase 1** ont fait l'objet d'une réception par le maître d'ouvrage en date du 8 janvier 2007, avec effet à compter du 2 novembre 2006.

Le procès-verbal (PV) de réception partielle sous réserves concernant la **phase 2** a été accepté le 2 juillet 2007 par l'entreprise titulaire. Ce PV de réception partielle fait suite à la proposition de réception sous réserves du maître d'œuvre en date du 2 juillet 2007. Le maître d'ouvrage, au vu du PV en date du 2 juillet 2007, a prononcé la réception partielle avec réserves de la phase 2 en date du 20 juillet 2007.

C'est finalement en date du 25 septembre 2007 que les réserves relatives à la réception partielle de la phase 2 ont été levées par le maître d'œuvre. Le maître d'ouvrage a prononcé la réception sans réserves le 11 octobre 2007 avec effet à compter du 2 juillet 2007.

La **phase 3** a été reçue sous réserves le 9 juin 2008, avec effet au 5 mai 2008, par le pouvoir adjudicateur, dans le prolongement de la proposition du maître d'œuvre en date du 5 mai 2008.

Le 9 septembre 2008, le maître d'ouvrage a levé les réserves sur cette phase 3, avec réception avec effet à la date du 5 mai 2008. Le procès-verbal a été dressé à la suite du PV de levée de réserves établi en date du 20 août 2008 par le maître d'œuvre.

Dix mois séparent donc la réception de la phase 2 et les phases 3 et 4 (confondues par avenant notifié en date du 2 janvier 2008).

La phase 4 a été reçue sans réserve en date du 9 septembre 2008, avec effet à la date du 17 juillet 2008, dans le prolongement :

- du PV des opérations préalables à la réception établi par le maître d'œuvre, non daté mais dont il est possible d'en déduire la date au 11 août 2008 par comparaison avec les dates indiquées sur le PV de réception ;
- des propositions du maître d'œuvre en date du 11 août 2008.

S'agissant de la révision de prix, il a aussi précisé qu'elle a eu lieu « *conformément à l'article 3.5.1 du CCAP* ». L'établissement signale de plus qu'aucune pénalité de retard n'a été appliquée.

Le montant réalisé en janvier 2011 était de 371 612,88 € TTC, soit une augmentation de 31 % par rapport au montant initialement contractualisé, alors que le montant du marché après avenants atteint 289 795,81 € HT soit 346 595,76 € TTC, c'est-à-dire une augmentation de 22,18 % par rapport au marché initial. L'écart de 25 017,12 € TTC (371 612,88 - 346 595,76) « *correspond au montant des actualisations du marché* », selon l'établissement.

Il a été demandé au CHRU de produire un tableau récapitulatif de l'ensemble des lots relatifs à l'opération d'extension de la néonatologie, avec les noms des attributaires, les dates de notification, les montants contractualisés et réalisés.

CHRU DE MONTPELLIER

HOPITAL ARNAUD DE VILLENEUVE - PEDIATRIE II - CREATION DE LITS EN NEONATALOGIE

N° LOT	INTITULE DU LOT	FOURNISSEUR	NOTIFIE LE	MONTANT INITIAL HT (sans avenant)	REALISE TITULAIRE HT	REALISE SOUS-TRAITANT HT	REALISE TOTAL TITULAIRE + SOUS-TRAITANT HT	REALISE TOTAL TITULAIRE + SOUS-TRAITANT TTC	% D'AUGMENTATION
1	Gros œuvre sciage charpente démolition	Eiffage	04/01/2006	445 387,21 €	319 984,45 €	171 288,42 €	491 272,87 €	587 562,35 €	10,30
2	Etanchéité	Smac Aciéroid	04/01/2006	131 887,02 €	140 068,91 €	0,00 €	140 068,91 €	167 522,42 €	6,20
3	Métallerie	Solatrag	04/01/2006	73 874,00 €	85 151,09 €	0,00 €	85 151,09 €	101 840,70 €	15,27
4	Cloisons	Revêt Isol	04/01/2006	101 361,19 €	107 759,75 €	0,00 €	107 759,75 €	128 880,66 €	6,31
5	Faux plafonds	Cortina	04/01/2006	60 270,32 €	65 014,35 €	0,00 €	65 014,35 €	77 757,16 €	7,87
6	Menuiseries extérieures, occultations	VIP Plus	17/01/2006	30 332,00 €	34 477,98 €	0,00 €	34 477,98 €	41 235,66 €	13,67
7	Menuiseries intérieures	Laclau	05/01/2006	238 606,00 €	269 208,21 €	0,00 €	269 208,21 €	321 973,02 €	12,83
8	Sols souples, peinture	Crespon	04/01/2006	119 998,91 €	152 771,11 €	0,00 €	152 771,11 €	182 714,25 €	27,31
9	Carrelage	SO CA MO	04/01/2006	20 097,00 €	22 961,66 €	0,00 €	22 961,66 €	27 462,15 €	14,25
10	Plomberie	Charmillon	04/01/2006	246 210,00 €	281 735,79 €	0,00 €	281 735,79 €	336 956,00 €	14,43
11	Chauffage, ventilation, clim, désenfumage	Tunzini Azur	04/01/2006	455 809,30 €	370 521,31 €	140 737,00 €	511 258,31 €	611 464,94 €	12,16
12	Courants forts, faibles, sécu incendie	Somiteg	04/01/2006	237 178,07 €	310 713,12 €	0,00 €	310 713,12 €	371 612,89 €	31,00
13	Signalétique	Impact signalétique	03/08/2006	14 048,00 €	15 927,70 €	0,00 €	15 927,70 €	19 049,53 €	13,38
14	Fluides médicaux	A.L.S.	04/01/2006	65 788,86 €	70 726,89 €	0,00 €	70 726,89 €	84 589,36 €	7,51
TOTAL				**2 240 847,88 €**	**2 247 022,32 €**	**312 025,42 €**	**2 559 047,74 €**	**3 060 621,10 €**	**14,20**

Il convient de constater que l'ensemble des lots de cette opération a fait l'objet d'augmentations importantes, allant de 6,20 % à 31 %, soit sur la globalité de l'opération une augmentation de 14,20 %. Tous les lots font l'objet d'une augmentation de plus de 5 %, les plus importantes concernant :

- le lot 12 courants forts faibles et sécurité incendie : + 31 % ;
- le lot 8 sols souples peinture : + 27,31 % ;
- le lot 3 métallerie : + 15,27 %.

S'il est commun de considérer qu'un marché de travaux peut voir son montant varier jusqu'à 15 %, il n'en reste pas moins que les augmentations importantes constatées reflètent des insuffisances au niveau de la définition des besoins et/ou du suivi de l'opération.

Le CHRU a indiqué dans sa réponse que le tableau extrait du rapport d'analyse des offres n'est pas celui du rapport final. En effet, seuls deux critères figuraient dans le RC :

- la qualité technique de l'offre (pour 30 %) appréciée en fonction de la qualité des produits proposés, des fiches techniques et de la liste des marques, ainsi que des notes méthodologiques ;
- le prix global et forfaitaire (pour 70 %).

L'établissement rappelle par ailleurs que la visite sur site était conseillée mais pas obligatoire et qu'elle n'a pas fait l'objet d'une notation.

Tout en regrettant l'erreur de transmission du tableau d'analyse final, la chambre, après examen du nouveau tableau produit à sa demande, s'interroge sur le fait qu'il ne soit ni daté ni signé. Si le classement final n'est pas modifié, les notes le sont du fait de la modification des sous-critères d'analyse. Le CHRU est invité à ce qu'un soin tout particulier soit à l'avenir apporté à la conservation et au traitement des différentes pièces des marchés.

1.2.3.2. Marché numéro 080562 - « Hôpital LAPEYRONIE : installation d'une gamma caméra et mise en conformité du service de médecine nucléaire » - lot 11 - Génie électrique

L'analyse de ce marché appelle les principales critiques suivantes :

- offre financière basse compensée ultérieurement par la passation d'avenants ;
- avenants insuffisamment justifiés, ne s'apparentant pas à des sujétions imprévues, passés au-delà de la date de validité du marché (*a posteriori*), hors examen en commission d'appel d'offres et conduisant à une augmentation de + 45,54 % par rapport au montant du marché initial ;
- absence de décision expresse visant la non application de pénalités, rupture d'égalité entre les candidats ;
- carence dans la définition préalable des besoins ;
- fiches de travaux modificatifs avec des devis faisant référence à un marché tiers, n'offrant pas en outre les meilleures garanties tarifaires.

Modalités de passation du marché

Ce marché a été notifié en date du 19 novembre 2008, au terme d'un marché négocié avec publicité et mise en concurrence alloti en 11 lots techniques. Le montant de l'opération est de l'ordre de 650 000 € TTC.

Il s'agit d'une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence en vertu de l'article 35-1-5° du code en vigueur lors de la publication de ce marché. Aux termes de cet article : « *Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence* (…) *les marchés et les accords-cadres de travaux dont le montant est compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT* ». La présente consultation

correspond tout à fait au cas d'espèce, et il n'a pas été relevé de problème particulier tenant à la publicité.

Modalités d'exécution du marché

Deux avenants au marché initial ont été passés, conduisant à une augmentation de + 45,54 % du coût de la prestation initiale.

L'estimation financière du marché était de 182 447,25 € HT, et le montant contractualisé avec la société SOMITEG s'est élevé à 165 000 € HT, soit 197 340 € TTC.

Le montant réalisé, en janvier 2011, était de 287 221,79 € TTC. Le marché a donc subi une augmentation de 89 881,79 € TTC, soit + 45,54 %.

Outre le fait qu'une telle augmentation nécessite une argumentation solide, la forme des actes additionnels est à revoir, à l'instar du suivi de l'ensemble du marché.

Un premier avenant a en effet été notifié à l'entreprise le 23 juillet 2009, d'un montant de 72 407,64 € HT, soit 86 599,54 € TTC, représentant une augmentation de 43,88 %. Le nouveau montant du marché s'est donc trouvé porté à 237 407,64 € HT, soit 283 939,54 € TTC.

Une telle hausse requiert une justification idoine et indiscutable. L'article 2 de l'avenant numéro 1 apporte à cet égard les justifications suivantes :

« *Le projet, à l'origine, ne concernait qu'une partie des locaux strictement limités aux gammas-caméras, à la préparation des doses et à la redistribution de certains bureaux.*

Mais les travaux nécessitaient une intervention lourde dans les faux-plafonds des circulations et une intervention dans l'armoire électrique générale. Il n'était alors plus possible de conserver une grande partie des installations électriques en non-conformité. Le bureau de contrôle aurait émis un avis défavorable et, par conséquent, la commission de sécurité n'aurait pas pu autoriser l'ouverture au public. Il fallait donc procéder à la mise en conformité de l'ensemble des locaux couvert par cette armoire.

De la même manière, les équipements de courants faibles (téléphones, informatiques…) ne sont plus aux normes. La conservation des prises et câblages d'une ancienne génération était complètement impossible et il a fallu, là aussi, procéder au remplacement complet et radical de l'installation sous peine qu'elle soit totalement inutilisable.

Enfin, les utilisateurs, par la voix du chef de service, ont tenu à ce que les installations d'explorations par gamma-caméras soient sécurisées par la mise sous tension des équipements par un courant ondulé. Ils ont également souhaité la mise en place d'une sonnette d'appel des consultants et la diffusion de musique dans les salles d'attente et de repos (non prévu au projet) ».

A l'analyse, les justifications techniques avancées ne sauraient en l'espèce être des sujétions imprévues car il ne s'agit pas *a priori* d'obstacles constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles. Cet avenant est davantage lié à une carence dans le recensement préalable des besoins, tant en ce qui concerne les travaux *stricto sensu* que les besoins des utilisateurs finaux.

Cet avenant a été passé sur la base d'une fiche de travaux modificatifs (numéro 7) datée du 11 mars 2009. Sur ce point, la réalisation et la mise en application d'une fiche standard de travaux sont des éléments positifs.

La fiche de travaux modificatifs numéro 7 indique la nature des travaux modificatifs :

- travaux liés aux défauts de conception du maître d'œuvre,
- travaux liés à des modifications demandées par les utilisateurs,
- travaux demandés par le maître d'œuvre.

Deux devis réalisés par l'entreprise pour pourvoir les nouveaux besoins figurent en annexes à la fiche de travaux modificatifs.

La chambre constate avec étonnement que le premier devis, daté du 25 février 2009, a été réalisé en application d'un marché à bons de commandes d'entretien des bâtiments lot 6 « courants forts », numéro 090266, notifié à la même entreprise le 1er janvier 2009. Ce premier devis est égal à 51 018,82 € HT, soit 61 018,51 € TTC.

Le second devis, daté du 25 février 2009, a été réalisé en application d'un marché à bons de commande d'entretien des bâtiments lot 7 « courants faibles », numéro 090269, notifié à la même entreprise en date du 1er janvier 2009. Ce second devis est égal à 21 388,32 € HT, soit 25 581,03 € TTC.

Aucune indication sur la présence d'amplificateurs ou d'enceintes ne figure sur les devis, alors que l'avenant a entre autre pour objet la sonorisation de locaux. De la même manière, il n'est pas économiquement judicieux d'accepter des devis réalisés en stricte application de bordereaux des prix d'autres marchés sans chercher à négocier en prix forfaitaire et donc tenter d'obtenir les meilleurs prix. Il est en effet fréquent de constater que les prix des prestations effectuées via un Bordereau de Prix Unitaires (BPU) ne sont pas les plus compétitifs car l'entreprise, du fait de la méconnaissance des commandes, prend une marge plus importante.

Un ordre de service numéro 7 a été notifié à l'entreprise en date du 23 avril 2009. Ce document présente des anomalies formelles : d'une part, la date de notification du marché numéro 080562 est erronée dès lors qu'il apparaît la date du 9 janvier 2009, d'autre part, il y a confusion entre le montant contractualisé hors taxes et le montant toutes taxes comprises.

Un second avenant complète le premier. D'un montant de 2 744,35 € HT, soit 3 282,24 € TTC, il a été notifié le 3 septembre 2009.

Le nouveau montant du marché ressort ainsi à 240 151,99 € HT, soit 287 221,78 € TTC, ce qui porte l'augmentation globale par rapport au montant initial du marché à 45,54 %.

Cet avenant mentionne uniquement la fiche de travaux modificatifs numéro 8, sans pour autant que cette dernière ne figure en annexe à l'acte additionnel.

La passation de cet avenant et ainsi justifiée : « *Lors de leur visite, les utilisateurs ont demandé des prises de courant et des prises informatiques supplémentaires. Il est nécessaire de mettre également en place un câble fibre optique pour le pilotage des centrales d'eau glacée situées en sous-sol* ».

Une nouvelle fois, la justification ne paraît pas du tout apparentée aux sujétions imprévues. Il s'agit là encore d'une carence dans la définition préalable des besoins. De plus, aucun devis n'est annexé à l'acte, pas plus qu'un ordre de service.

Au vu de cette augmentation importante, il a été demandé au CHRU un tableau récapitulatif (page suivante) de l'ensemble des lots pour l'opération globale, à savoir la restructuration du service de médecine nucléaire et l'installation d'une gamma caméra, comportant les noms des attributaires, les dates de notification, les montants contractualisés et réalisés. Ont été ajoutés aux données du tableau les pourcentages d'augmentation.

CHRU DE MONTPELLIER
HOPITAL LAPEYRONIE
Restructuration du service de médecine nucléaire et installation d'une gamma caméra

LOT		Date de notification	TITULAIRE	MONTANT INITIAL HT (sans avenant)	REALISE S/TRAITE HT	REALISE TITULAIRE HT	REALISE HT TOTAL	REALISE TTC	% D'AUGMENTATION
1	Gros œuvre	21/11/2008	EIFFAGE	245 657,31 €	77 778,00	172 538,72	250 316,72	299 378,80	1,90
2	Percements	09/01/2009	FORBETON	30 310,00 €	0,00	35 885,00	35 885,00	42 918,46	18,39
3	Etanchéité	08/01/2009	PROBATILAND	63 326,51 €	0,00	74 988,31	74 988,31	89 686,02	18,42
4	Menuiseries intérieures	19/11/2008	LACLAU	54 557,00 €	0,00	87 120,58	87 120,58	104 196,21	59,69
Marché à bons de commande	Métallerie		VIP	59 825,55 €	0,00	59 825,55	59 825,55	71 551,36	0,00
6	Cloison sèches, faux plafonds	19/11/2008	JF CORTINA	56 358,10 €	0,00	65 566,10	65 566,10	78 417,06	16,34
7	Sols souples, peintures, signalétique	19/11/2008	SUD AMENAGEMENT	66 815,00 €	0,00	78 279,77	78 279,77	93 622,60	17,16
8	Plomberie	09/01/2009	CHARMILLON	45 000,00 €	0,00	57 928,22	57 928,22	69 282,15	28,73
9	Génie thermique	19/11/2008	AXIMA	296 500,00 €	78 200,00	227 869,22	306 069,22	366 058,79	3,23
10	Gaz médicaux	28/11/2008	ALS	9 692,69 €	0,00	10 632,47	10 632,47	12 716,43	9,70
11	Courants forts, faibles et SSI	19/11/2008	SOMITEG	165 000,00 €	0,00	240 151,99	240 151,99	287 221,78	45,55
TOTAL				**1 093 042,16**	**155 978,00**	**1 110 785,93**	**1 266 763,93**	**1 515 049,66**	**15,89**

Il est patent de relever que le lot numéro 11 n'est pas le seul à avoir subi des augmentations très significatives. Le lot 4 (menuiseries), attribué à la société LACLAU, a ainsi vu son montant augmenté de 59,69 %, et le lot 8 (plomberie), attribué à la société CHARMILLON, a subi une augmentation de 28,73 %.

Ces exemples, et notamment celui de la société SOMITEG, illustrent une pratique particulièrement contestable, consistant pour une entreprise à faire une proposition de prix sous-évaluée, compensée ultérieurement par la passation d'avenants alourdissant sensiblement la facture finale.

Sur la totalité du marché, l'augmentation ressort à 15,89 %, ce qui n'est pas négligeable. Tous les lots (excepté le lot 5 à bons de commandes) ont subi une augmentation, d'importance inégale, variant de 1,90 % à 45,55 %.

Indépendamment de l'augmentation du coût du marché liée à la passation d'avenants, la chronologie de l'exécution du marché est quelque peu déroutante et laisse supposer que la passation des avenants est de l'ordre de la régularisation *a posteriori*.

En effet, le marché était conclu pour une durée ferme allant du 22 septembre 2008 au 21 mars 2009. L'OS de démarrage a été notifié à l'entreprise titulaire du lot 1 le 27 novembre 2008, au vu de la réponse du directeur des achats et des marchés publics en date du 11 février 2011.

L'article 4-1-1 du CCAP indique : « *le délai d'exécution de l'ensemble des lots est de 6 mois y compris la période de préparation de chantier (1 mois) à compter de la date fixée par l'ordre de service de démarrage prescrivant à l'entrepreneur de commencer l'exécution des travaux lui incombant. Cet ordre de service est porté à la connaissance des autres entreprises* ».

En conséquence, le marché, sans tranches ni phases, devait se terminer juridiquement le 26 mai 2009.

Le premier avenant a été notifié à l'entreprise le 23 juillet 2009, et le second le 3 septembre 2009.

Le procès-verbal de réception sans réserve, sans indication de la date de signature, prononce la réception avec effet en date du 29 mai 2009. Néanmoins, une indication sur la date réside dans la référence au procès-verbal de levée de réserve en date du 30 juin 2009. En outre, et si l'objet du marché fait bien référence à l'espèce étudiée ici, il convient de constater que le numéro de marché indiqué (080560) fait référence à un lot attribué à une autre société, AXIMA. Une erreur matérielle est donc à supposer.

La chambre n'a pas en sa possession d'acte modifiant la durée du contrat initial. Et même si l'on peut admettre que le contrat puisse être prolongé jusqu'à la réception définitive de l'ouvrage, il n'en reste pas moins que les avenants – sans référence au délai d'exécution – ont été passés au-delà de la date de validité du marché. Ces faits conduisent à considérer que ces avenants ont été passés au titre d'une régularisation.

Le directeur de la DAMP a indiqué qu'aucune pénalité de retard n'a été appliquée, alors que la date de réception diffère de trois jours par rapport à la date contractuelle de fin des travaux.

Or, des pénalités auraient dû être appliquées dans le cadre de ce marché. Si le pouvoir adjudicateur n'applique pas ces pénalités alors qu'elles sont prévues initialement, il s'agit d'une rupture d'égalité des candidats. En effet, il est possible que certaines entreprises n'aient pas répondu à la consultation en raison des pénalités potentiellement infligées en cas de retard.

En n'appliquant pas de pénalités, il appartenait à l'établissement de rédiger un acte express *ad hoc*, conformément à l'arrêt du Conseil d'Etat « *Société comptoir des textiles bruts et manufacturés* » du 28 octobre 1953.

La faculté offerte au pouvoir adjudicateur de pouvoir renoncer à l'application des pénalités de retard n'est ainsi possible que de manière expresse par l'ajout d'un avenant. Mais une telle renonciation ne peut être motivée que pour des raisons d'intérêt général, car elle contrevient aux principes de la commande publique, notamment d'égalité.

Du point de vue juridique, et outre les constats faits précédemment, il importe de noter que de telles pratiques sont de nature à nuire à la sécurité juridique des actes pris par l'établissement hospitalier. En effet, la consultation a donné lieu à 21 dépôts de dossiers. On ne peut écarter le fait que des entreprises aient anticipé le caractère difficilement réalisable du délai d'exécution (6 mois dont un mois de préparation) en augmentant un peu le montant de leur offre. Il est également possible que des entreprises n'aient pas répondu à la consultation pour ce motif.

Dans sa réponse, le CHRU indique que depuis 2010 l'établissement est plus rigoureux quant à l'application des pénalités et à leur exonération. Aussi, une décision motivée d'exonération partielle ou totale est *a priori* désormais établie.

Par ailleurs, s'agissant de la régularisation par voie d'avenants, il convient de souligner que l'établissement hospitalier n'était pas exonéré du passage en commission d'appel d'offres puisque l'appel à candidature a été publié le 30 avril 2008 et que les marchés sur lesquels portent ces avenants ont fait l'objet d'une décision de la commission d'appel d'offres en date du 16 octobre 2008.

En effet, en application de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, les règles du parallélisme des formes s'appliquent. La loi exclut seulement la saisine d'une commission d'appel d'offres « *lorsque ces avenants concernent des marchés qui, conformément aux dispositions du code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis* ».

Dans la mesure où l'établissement a organisé une commission d'appel d'offres pour l'attribution, il était dans l'obligation de présenter ces avenants à la même commission d'appel d'offres avant toute notification.

Interrogé sur ce point, le directeur de la DAMP du CHRU a répondu en ces termes : « *Les CAO ont été supprimées par décret du 19/12/2008. Au CHU, elle a continué à se réunir épisodiquement (environ une fois par mois) pour les dossiers lancés préalablement jusqu'au 09 juillet 2009. La loi HPST du 22 juillet 2009 a remplacé les conseils d'administration par des conseils de surveillance. En conséquence, la CAO ne s'est plus réunie, faute de membres. De fait, ces avenants ne sont pas passés en CAO* ».

Si les dates des textes législatifs et réglementaires sont exactes, il n'en demeure pas moins que leur lecture par le centre hospitalier est erronée.

L'article 45 du décret numéro 2008-1355 du 19 décembre 2008 dispose en effet que :

« *I. - A l'exception des articles 33 et 43,* ***les dispositions du présent décret sont applicables aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication postérieurement à sa date d'entrée en vigueur****.*

II. - Les dispositions de l'article 33 sont applicables aux marchés dont la procédure de consultation est engagée ou l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé à la publication :

1° A compter du 1er janvier 2009 et jusqu'au 31 décembre 2009 en ce qui concerne les dispositions du a ;

2° A compter du 1er janvier 2010 et jusqu'au 30 juin 2010 en ce qui concerne les dispositions du b ;

3° A compter du 1er juillet 2010 en ce qui concerne les dispositions du c. ».

L'Avis d'Appel Public à la Concurrence (AAPC) date du 30 avril 2008, donc antérieurement au décret. Le régime précédent s'applique en conséquence et les avenants auraient donc dû être passés en CAO.

La loi susvisée rend par ailleurs obligatoire la saisine des instances délibérantes pour tout avenant supérieur à 5 % du montant du marché, quelle que soit la procédure initiale, ce qui n'a pas été fait.

Dans sa réponse, l'établissement a indiqué que l'application des dispositions prévues par la réglementation n'a pas été possible en raison de l'entrée en vigueur de la loi HPST, qui a entre autre remplacé les conseils d'administration par les conseils de surveillance, ce qui a entraîné des difficultés dans la désignation des nouveaux membres de la CAO.

Sans méconnaître ces éléments conjoncturels, la chambre attire cependant l'attention de l'établissement sur les risques juridiques encourus à cette occasion.

Interrogé sur les montants des trois premières offres classées par la CAO ainsi que sur le nom des candidats, le directeur des achats et des marchés publics a répondu, le 11 février 2011, que deux sociétés avaient fait acte de candidature et avaient été agréées, mais que seule la société SOMITEG a présenté une offre.

La chambre n'a pas d'explication objective quant au fait que la seconde société ayant fait acte de candidature n'ait pas présenté une offre.

1.2.3.3. Marchés numéros 090266 (lot 6 « courants forts ») et 090269 (lot 7 « courants faibles ») - « Travaux d'entretien, de transformation et de grosses réparations dans les bâtiments du CHRU de Montpellier »

L'analyse de ces marchés appelle les principales observations suivantes :

- incohérence dans le règlement de consultation conduisant à une interprétation possible de la part des candidats (risque de porter atteinte au principe d'égalité) sur la valorisation à partir d'un cas pratique (détail quantitatif estimatif ou bordereau de prix unique ?) ;

- recours à un avenant « fourre-tout » alors qu'il aurait été possible d'utiliser la clause légale prévue à l'article 77-III du code des marchés publics, ou encore de recourir à un accord cadre pour satisfaire les besoins objet du marché considéré.

Modalités de passation du marché

Le marché a été passé sous la forme d'un Appel d'Offres Ouvert (AOO) européen passé en application des articles 33, 40-IV-2°, 57 à 59 et 77-1 du code des marchés. Il s'agit donc d'un marché alloti à bons de commandes, avec minimum mais sans maximum.

Le marché est décomposé en 22 lots définis par corps d'état. Chaque lot fait l'objet d'une multi-attribution géographique pour les lots 1 à 11. Selon le RC : « *deux entreprises sont retenues par lot. L'entreprise classée en première position par la CAO se verra attribuer les commandes du site A tandis que l'entreprise classée en deuxième position se verra attribuer les commandes du site B* ».

Les sites A et B sont des regroupements de bâtiments. L'AAPC a été publié en date du 11 juin 2008.

L'établissement avait la possibilité, en vertu de la réglementation en vigueur lors de la passation de ce marché, d'attribuer le marché à moins de trois opérateurs économiques. Le décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 a en effet rendu obligatoire le recours à trois titulaires.

Il s'agit d'un marché comprenant une partie à bons de commandes passée sur BPU et une partie en application d'un rabais sur catalogues.

La référence à un « cas pratique »

Concernant les documents à produire à l'appui des offres pour le lot 6, une incohérence apparaît dans le RC.

L'article 3-11, relatif à la visite pour le lot 6, indique en effet : « *cette visite, vivement conseillée, est organisée afin de permettre aux candidats de répondre au cas pratique demandé dans la note méthodologique à fournir dans l'offre* ».

Or, l'article 8 du RC, relatif aux documents à produire à l'appui de l'offre, ne fait pas mention de ce cas pratique. Sont seulement cités :

- l'Acte d'Engagement (AE) ;

- le BPU ;

- la note méthodologique précisant les moyens humains et les dispositifs mis en œuvre, notamment en matière de développement durable, pour répondre au cahier des charges ;

- les fiches techniques (lots 2, 4, 10, 11 et 17).

Il est toutefois ajouté que : « *le cadre de la note méthodologique mentionnera, le cas échéant, et en fonction des lots, des points particuliers à développer par le candidat* ». Il est donc possible d'envisager que le « *cas pratique* » en question soit indiqué dans ce document.

De plus, il serait logique de retrouver ce « cas pratique », qui s'apparente davantage à un Détail Quantitatif Estimatif (DQE), dans les critères de jugement du prix (article 9 du RC). Or, cet article stipule que « *l'analyse de ce critère portera sur les prix unitaires contenus dans les bordereaux de prix. Cette analyse se basera sur un échantillon d'articles, défini par le maître d'œuvre en fonction de leur spécificité technique, de leur fréquence de commande estimative ou de tout autre paramètre pertinent pour l'analyse* ».

Rien n'est précisé en complément dans le CCAP, qui indique seulement les catalogues sur lesquels le rabais devra être appliqué.

Le pouvoir adjudicateur ne pouvait mentionner le « cas pratique » comme étant une pièce obligatoire de l'offre pour la seule et unique raison que les candidats devaient se déplacer pour pouvoir répondre au « cas pratique » (désavantage des candidats éloignés). Quant à l'analyse des offres, sur le critère prix, elle prend seulement en compte le prix de ce cas pratique, assimilable à un DQE.

Or, le pouvoir adjudicateur n'a pas clairement explicité que ce « cas pratique » serait l'équivalent d'un DQE pour le jugement du prix. Les candidats pouvaient s'attendre, ainsi qu'il est indiqué dans les critères de jugement du RC, que les « devis » seraient réalisés en interne, en application des prix du BPU.

De plus, et de manière supplétive, ce « cas pratique », à l'instar de tout DQE, pouvait inciter les candidats à croire que les commandes de l'administration porteraient davantage sur les éléments du cas pratique que sur d'autres articles du BPU.

Interrogé sur ce point, le directeur des achats et des marchés publics a répondu en ces termes : « *La sécurité électrique est un domaine qui ne peut souffrir d'aucune défaillance dans un centre hospitalier. Toute défaillance peut avoir des conséquences extrêmement graves pour l'établissement, voire irréversibles pour les patients (blocs opératoires, réanimations, explorations...). Il est donc primordial que nos prestataires dans ce domaine comprennent le fonctionnement du CHRU, les conséquences de leurs interventions en site occupé, l'organisation à mettre en place pour toute intervention sur le réseau électrique et programmation de coupures électriques...*

Le cas pratique demandé dans la note méthodologique (selon le cadre fourni par le CHRU) devait permettre de juger de la qualité technique de l'offre (sous-critère "Dispositifs mis en œuvre, notamment en matière de développement durable, pour répondre au cahier des charges") en s'assurant notamment que l'ensemble des contraintes du cahier des charges en matière de sécurité étaient respectées et en appréciant l'optimisation des solutions techniques proposées (proposition de solution permettant de réduire la durée de la coupure). D'autre part, ce cas pratique correspondait à un besoin programmé dans une brève échéance (remplacement du tableau électrique des Urgences), il semblait donc pertinent de pouvoir juger les offres des candidats sur ce type de cas ».

Concernant l'absence d'indication dans les documents de la consultation du fait que ce « cas pratique » serait un critère de jugement du prix, le directeur des achats et des marchés publics a précisé : « *Comme pour l'ensemble des lots, et conformément à l'article 9 du règlement de la consultation, il a été décidé de baser l'analyse du prix sur "un échantillon d'articles défini par le maître d'œuvre en fonction de leur spécificité technique, de leur fréquence de commande estimative ou tout autre paramètre pertinent pour l'analyse".*

Il n'a pas été jugé pertinent de fournir plus de détails aux candidats sur cet échantillon d'articles ou autre paramètre nous permettant d'analyser le critère prix, afin de ne pas influencer à la baisse les prix sur ces seuls articles et à la hausse les prix des autres articles du bordereau.

Pour le lot 6, cet échantillon d'articles défini par le maître d'œuvre en fonction de leur spécificité technique, de leur fréquence de commande estimative ou tout autre paramètre pertinent pour l'analyse, correspondait au cas pratique ».

Ces précisions ne sont pas de nature à modifier l'observation de la chambre.

Indépendamment de ce constat, sur le marché, tous lots confondus, 90 sociétés ont retiré ou téléchargé le DCE, et 50 plis ont été réceptionnés dans les délais.

Sur le lot 6, les deux entreprises candidates (SOMITEG et SPIE SUD OUEST) ont été agréées en commission d'appel d'offres le 25 septembre 2008, suivant en cela l'avis de la commission technique d'ouverture des plis de candidature rendu en date du 3 septembre 2008.

Sur le lot 7, les trois sociétés candidates (INEO INFRACOM, SOMITEG et SPIE SUD OUEST) ont également été agréées en commission d'appel d'offres le 25 septembre 2008, suivant en cela l'avis de la commission technique d'ouverture des plis de candidature rendu en date du 3 septembre 2008.

L'analyse et le classement des offres sont intervenus dans le cadre de la commission d'appel d'offres en date du 20 novembre 2008.

Il n'est pas constaté d'autre anomalie que celle relative à l'utilisation pour le lot 6 du « cas pratique ».

S'agissant du lot 6, seules les entreprises SOMITEG et SPIE SUD OUEST avaient postulé. En conséquence, et compte tenu de leur agrément, il était logique qu'elles soient attributaires, sauf problème particulier.

Sur le lot 7, indépendamment du fait que la société SPIE SUD OUEST ait obtenu la meilleure note technique, c'est le critère prix qui a fait passer cette entreprise en troisième position. Aussi, les sociétés INEO INFRACOM et SOMITEG ont-elles été déclarées attributaires.

Modalités d'exécution du marché

Un seul avenant a été passé sur chacun des marchés, ayant pour objet d'ajouter la possibilité pour l'administration de pouvoir commander des prestations similaires sur devis.

L'avenant n° 1 sur le marché n° 090266 a eu pour objet de rajouter au BPU la ligne suivante :

« *Article 1405 : autres prestations similaires sur devis.*

L'administration se réserve ainsi la possibilité de commander sur devis, à titre accessoire, dans le cadre du marché, des prestations de même nature, similaires ou associées ».

L'avenant n° 1 sur le marché n° 090269 a eu pour objet de rajouter au BPU la ligne suivante :

« *Article 362 : autres prestations similaires sur devis.*

L'administration se réserve ainsi la possibilité de commander sur devis, à titre accessoire, dans le cadre du marché, des prestations de même nature, similaires ou associées ».

Attendu que les marchés sont exécutés en application non seulement d'un BPU mais également de rabais sur différents catalogues, il est surprenant que l'établissement ait eu besoin de recourir à ce type d'avenant « fourre-tout ».

En effet, l'expression « prestations similaires sur devis » est relativement étanche à toute compréhension de prime abord. Ce type d'avenant, évidemment sans incidence financière évaluable, est de nature à remettre en cause l'économie du contrat et à générer des dérives quant au respect de l'objet même du contrat et quant au montant commandé au titre de cet ajout, montant qui est sensé être « *accessoire* ».

Il convient à cet égard de rappeler qu'un marché à bons de commande n'a pas pour vocation de laisser de la souplesse dans les prestations commandées, mais seulement de la souplesse dans les quantités commandées et les délais de commande.

Le législateur a néanmoins prévu le cas où le pouvoir adjudicateur aurait oublié d'intégrer certaines prestations au sein du BPU. L'article 77-III du code des marchés publics indique en effet :

« *Pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1 % du montant total du marché, ni la somme de 10 000 euros HT. Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum du marché lorsque celui-ci est prévu* ».

L'établissement hospitalier aurait pu utiliser cette clause légale au lieu de passer l'avenant ajoutant des « prestations similaires sur devis ». D'une part, le montant « accessoire » de l'article 77-III du CMP précité est limité strictement en montant (10 000 €). D'autre part, cette clause permet d'ouvrir la porte à d'autres prestataires, parfois de taille plus modeste, qui ne peuvent postuler aux appels d'offres par manque de moyens et/ou de capacités.

Des précisions ont été demandées au directeur des achats et des marchés publics, lequel a notamment apporté les compléments d'information suivants :

- « *Ces avenants couvrent des prestations relevant du domaine du marché mais non contenues dans les bordereaux de prix unitaires et dans les catalogues*. » ;
- « *Les marchés offrent un large choix du fait des catalogues et des BPU, cependant, toutes les prestations ne peuvent être couvertes par ces deux éléments car exceptionnelles et peu courantes.* » ;
- « *Un exemple : le remplacement du phare de l'hélistation permettant la localisation de la station pour les hélicoptères. Ce phare comprend une lampe flash au xénon particulière. Cet équipement ne fait pas partie des catalogues et son changement n'avait pas été recensé dans le BPU du fait de son caractère exceptionnel.* ».

La chambre rappelle que la définition des besoins ne concerne pas seulement ce qui relève des prestations récurrentes, notamment dans le cadre de marchés passés en application de BPU et de catalogues. Les oublis de prestations peuvent aussi faire l'objet d'un avenant, pour ajout d'un prix au BPU. La passation d'un tel avenant permet de limiter les dérives potentielles et ne contrevient pas à l'esprit des marchés publics de type bons de commande.

Elle rappelle également que toute prestation effectuée en application d'un BPU est précédée d'un devis, non négociable puisque figé contractuellement en application du BPU. Le code des marchés publics offre d'autres outils, et notamment les accords-cadres. Les marchés d'entretien passés sur BPU ne sont pas réputés pour être des marchés intéressants sur le plan économique, du fait de l'incertitude de commandes. L'accord-cadre, en revanche, a l'avantage de faire réaliser au commanditaire des économies substantielles sur les prestations. La commande publique ne saurait en effet se résumer au seul fait de pourvoir à des besoins. Il convient de les pourvoir au mieux, dans les meilleures conditions financières.

La chambre prend acte de la réponse du CHRU qui indique qu'une étude interne est en cours avant le lancement des nouveaux marchés d'entretien et de réparation des bâtiments en 2012, afin de lister les prestations commandées par le biais de cet avenant, marché par marché. Elle devrait permettre d'évaluer le recours à cet avenant, et plus particulièrement, de revoir le cas échéant la liste des prestations en BPU afin de la compléter.

1.2.3.4. Marché numéro 090800 - « Hôpital Saint-Eloi - Réfection du poste de transformation électrique n° 3 HT/BT, TGBT et changement de régime de neutre / habillages et isolation façades » - lot 3 « Courants forts, courants faibles »

L'analyse de ce marché appelle les principales critiques suivantes :

- anomalies dans le rapport pour l'agrément des candidatures, avec par conséquent un risque sur le plan de la sécurité juridique des actes passés (décompte des dossiers et des candidatures, commentaires sur les références et les effectifs d'entreprises, agrément d'une entreprise ne répondant pas aux qualifications demandées) ;
- anomalies dans le rapport pour le classement des offres (une nouvelle entreprise apparaît à ce stade, alors qu'une autre disparaît) ;
- négociation avec une entreprise qui aurait dû être écartée en raison de sa non-conformité avec les exigences du CCTP, négociation suite à l'offre spontanée d'une entreprise ;
- analyse des offres révélant que le matériel tel que décrit dans le CCTP ne peut entrer dans le local prévu (trop exigu) : déficience de la maîtrise d'œuvre et du maître d'ouvrage dans la définition du besoin ;
- équité relative en prenant en compte des entreprises au motif qu'elles étaient déjà titulaires de marchés d'entretien du CHRU ;
- changement des formules de calcul des notes difficilement compréhensible ;
- absence de documentations demandées non sanctionnée dans l'évaluation ;
- résultat de l'évaluation aboutissant à des écarts de note très faibles ;
- choix de la CAO s'écartant de l'avis de la maîtrise d'œuvre et délai entre l'AAPC et la notification du marché supérieur à un an (un déroulement de procédure pour le moins complexe) ;
- non-respect du délai prévu pour exécuter les prestations objet des réserves constatées, ce qui apparaît tout particulièrement favorable à l'attributaire.

<u>Modalités de passation du marché</u>

Ce marché correspond au lot 3 de l'opération relative à la « *réfection du poste de transformation électrique n° 3 HT/BT, TGBT et changement de régime de neutre / habillages et isolation façades* ». Cette opération comprend 4 lots par corps d'état séparés.

Les marchés ont été passés sous la forme d'un marché négocié en application des articles 35-I-5ème, 65 et 66 du code des marchés en vigueur au moment de la passation. Il est rappelé qu'aux termes de l'article 35-I-5ème : « *Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence* (…) *les marchés et les accords-cadres de travaux dont le montant est compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT* », ce qui est le cas d'espèce.

L'appel à candidatures a été adressé le 11 juin 2008 au BOAMP, au Moniteur, à la Gazette économique et culturelle et à la Gazette de Montpellier. L'appel à candidatures était également téléchargeable sur la plateforme de dématérialisation du CHRU.

La date limite de réception des candidatures était fixée au 18 juillet 2008, soit 38 jours après l'appel à candidatures. 18 plis ont été reçus dans les délais prescrits pour les quatre lots. Aucun pli n'a été reçu hors délai et aucune transmission par voie électronique n'a eu lieu.

Les candidatures ont été ouvertes en date du 25 juillet 2008 par une « commission technique d'ouverture ». En évoquant cette ouverture dans le rapport pour l'agrément des candidatures, l'établissement a indiqué qu'il s'agit de l'ouverture de la « première enveloppe ». Or, il ne saurait y avoir de « première enveloppe » puisqu'il s'agit de la seule aux termes de la procédure applicable en l'espèce.

Les 18 plis concernant plusieurs lots, 21 candidatures ont été étudiées, malgré l'erreur relevée dans le document retraçant l'agrément des candidatures. En effet, le document fait état de 39 dossiers et l'étude de 21 candidatures. L'établissement a reconnu ses erreurs le 17 février 2011.

La chambre ne peut que déplorer le fait qu'un rapport pour l'agrément des candidatures, ou tout autre rapport faisant foi concernant la passation de marché, puisse comporter des erreurs aussi importantes dont les conséquences ne peuvent qu'être potentiellement préjudiciables en termes de sécurité juridique des actes passés par l'établissement.

Concernant le lot 3, 8 dossiers de candidatures ont été reçus.

Conformément à l'article 52 du code des marchés publics en vigueur lors de la passation du marché, l'établissement, après s'être assuré qu'aucun des candidats ne faisait l'objet d'une interdiction de soumissionner, a examiné les candidatures au regard des capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'AAPC.

Concernant la prise en compte des capacités d'autres opérateurs économiques, l'article 45 du code des marchés publics dispose que : « *Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché* ».

Le CHRU, sans pour autant ne pas agréer les entreprises, a considéré que :

- pour l'entreprise SNEF : « *les références pour les travaux courants forts et faibles de l'agence de Mauguio sont insuffisantes en termes de montants de travaux au regard de la prestation à réaliser dans le cadre de cette opération (affaires comprises entre 8 K€ < X < 208 K€). L'agence de Mauguio doit prendre « appui » sur son siège social en termes de personnels et capacités pour réaliser cette opération* » ;

- pour Electricité Industrielle JP FAUCHE S.A. : « *les effectifs pour les travaux courants forts et faibles de l'agence de Narbonne sont faibles (18 personnes). L'agence de Narbonne doit prendre « appui » sur son siège social en termes de personnels et capacités pour réaliser cette opération* ».

Il convient de souligner qu'il est de jurisprudence constante, tant communautaire[4] que nationale[5], qu'un candidat peut faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités, pour autant qu'il établit avoir effectivement les moyens de ces entités à disposition. En l'espèce, et au vu du procès-verbal d'analyse des candidatures, les deux candidats ont indiqué que les moyens du siège, tant professionnels que techniques et financiers, seraient mis à disposition. Aussi, le CHRU (et le maître d'œuvre), même s'il n'a pas *in fine* rejeté ces candidatures, n'avait pas à faire état de telles considérations dans le rapport d'analyse des candidatures. En effet, ces analyses sont de nature à faire croire à la commission d'appel d'offres que ces entreprises ne pourront mener à bien la prestation.

Il convient par ailleurs de noter que toutes les candidatures ont été agréées, y compris celle de l'entreprise MARIN SAS (lot 3) alors qu'elle ne présentait pas, au regard de l'analyse du maître d'œuvre, suffisamment d'effectifs, des qualifications suffisantes (E1-2) et des références appropriées. Aussi, cette entreprise n'aurait pas dû être agréée, au regard des qualifications demandées et imposées par le pouvoir adjudicateur, et du fait que les références n'ont pas été jugées équivalentes. L'établissement, en agréant cette entreprise, a introduit une rupture d'égalité de traitement au sein des candidats.

---

[4] CJCE, 14/04/1994, *Ballast Nedam Groep NV*, affaire C-389/92 ; CJCE, 18/12/1997, *Ballast Nedam Groep NV*, affaire C-5/97.
[5] CAA Bordeaux, 24/05/2005, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, arrêt n° 02BX00318.

Le fait qu'aucune restriction en termes de nombre de candidats agréés n'ait été posée dans l'AAPC n'exonérait pas le CHRU de respecter les propres contraintes qu'il s'était imposées.

Concernant l'insuffisance de contrôle des rapports de présentation et de classement des offres, l'établissement a invité toutes les entreprises agréées à remettre une offre, par une lettre de consultation envoyée en date du 11 décembre 2008. La date limite de réception des offres était fixée au 2 février 2009, soit 54 jours plus tard.

13 plis ont été réceptionnés. Aucun pli n'a été reçu hors délai et aucune offre n'a été transmise par voie électronique.

Il convient de souligner que le CHRU a choisi, dans le CCAP, de ne pas respecter l'ordre des pièces contractuelles indiqué dans le CCAG TX 76.

Il est surprenant de constater, concernant le lot 3, que seules 4 entreprises sur les 8 agréées ont remis une offre. Les 4 entreprises qui n'ont pas remis d'offres sont SNEF, Electricité Industrielle JP FAUCHE, MARIN SAS et MULTITEC.

Cette dernière entreprise, malgré le fait qu'elle est sensée avoir été agréée au vu du « rapport d'agrément des candidatures », n'apparaît plus dans l'exposé de la procédure du « rapport de classement des offres ». Des 8 entreprises agréées au stade des candidatures, seules 7 apparaissent ainsi dans le « rapport de classement des offres ».

En outre, au regard du « rapport d'agrément pour les candidatures », les entreprises BEC CONSTRUCTION et MIRAS ont été agréées, alors que dans le « rapport pour le classement des offres », trois entreprises semblent l'avoir été : BEC CONSTRUCTION, MIRAS et CBTP.

Ce « rapport pour le classement des offres » fait état de 21 candidats, à l'instar du « rapport d'agrément pour les candidatures ». Néanmoins, la liste des candidats est différente : entre les candidatures et les offres apparaît l'entreprise CBTP (lot 1) et disparaît l'entreprise MULTITEC (lot 3).

Interrogé sur ces incohérences, l'établissement hospitalier a répondu en ces termes : « *Rapport pour le classement des offres : il a été fait correction de l'agrément de la candidature de CBTP pour le lot 1. Cependant, le fait qu'il n'ait pas candidaté pour le lot 4 n'a pas été rectifié dans le rapport. Par ailleurs, la société CBTP Sud Atlas a bien candidaté pour le lot 1 et non pour le lot 4 comme indiqué également par erreur dans le rapport* ».

Ainsi, force est de constater que les rapports ne sont manifestement pas suffisamment contrôlés, tant sur la forme que sur le fond, ce qui peut induire des erreurs et introduit une insécurité juridique.

S'agissant du lot 3, pour lequel seules 4 entreprises sur 8 entreprises agréées ont déposé une offre, il convient de souligner, au vu du rapport d'analyse, que ces 4 entreprises ont en commun d'avoir déjà travaillé pour le CHRU : FONTANIE, SOMITEG, INEO SUEZ et SPIE.

Au sein des entreprises n'ayant pas remis d'offre, seule MULTITEC présentait une référence de prestations au CHRU (DGS neurologie).

Concernant la régularité des offres, une première analyse a été réalisée par le maître d'œuvre, SLH SUD EST et Robert PITEAU, architecte.

L'ensemble des offres reçues présentait un montant supérieur à l'estimation. Le maître d'ouvrage, au vu de la proximité tarifaire et de prestations des entreprises, a proposé de négocier avec l'ensemble des entreprises, malgré le fait que l'entreprise FONTANIE ne semblait pas être en conformité avec les exigences du CCTP (l'entreprise proposait un matériel assuré en pérennité sur 10 ans alors que

le CCTP demandait de 20 à 25 ans). Logiquement, cette offre aurait dû être écartée du fait de cette irrégularité introduisant une rupture d'égalité.

Il est en outre rappelé que les facultés de négociation des pouvoirs adjudicateurs sont restreintes, ces derniers n'étant pas autorisés à négocier sur une formalité substantielle de l'offre (non-respect des clauses du CCTP).

Aux termes de l'article 11.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, « (…) *Même si le pouvoir adjudicateur ne peut modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, il dispose, avec le marché négocié, d'une marge de manœuvre importante.*

Il est ainsi possible de négocier sur :

- *le prix : comment payer moins cher une prestation en agissant par exemple sur le coût d'acquisition mais aussi sur le coût de stockage ou de transformation, comment agir sur le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;*
- *la quantité : vérification de la quantité nécessaire, fréquence des commandes, structure des remises accordées, etc. ;*
- *la qualité : vérification de la bonne estimation de la qualité, suffisante ou au contraire surestimée, au regard des besoins, incidence sur le prix si le niveau de qualité demandé est modifié en plus ou en moins ;*
- *le délai : incidence sur le prix des exigences en terme de délai, part du transport et des formalités diverses, etc. ;*
- *les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...)* ».

En l'espèce, le rapport d'analyse des offres, réalisée par la maîtrise d'œuvre, retient le classement suivant :

1. SPIE - note pondérée globale : 0,950
2. SOMITEG - note pondérée globale : 0,943
3. INEO - note pondérée globale : 0,900
4. FONTANIE - note pondérée globale : 0,753

Cette analyse ayant été validée par le maître d'ouvrage, les entreprises ont été invitées à négocier les 3 et 5 mars 2009, pour une remise de leurs offres le 11 mars 2009, soit une semaine plus tard.

S'agissant du lot 3, selon le rapport de classement des offres établi par le maître d'ouvrage, l'analyse des offres a révélé « *l'impossibilité pour le matériel tel que décrit dans le CCTP d'entrer dans le local trop exigu* ».

Force est donc de constater des défaillances au niveau de la définition et du recensement des besoins, alors même que le maître d'ouvrage avait pris la précaution de diligenter une maîtrise d'œuvre. De plus, cette donnée était vraisemblablement connue initialement et une autorisation des variantes aurait dès lors pu être envisagée.

Du fait que le matériel proposé ne rentre pas dans le local, la maîtrise d'ouvrage a alors ouvert la possibilité de « solutions alternatives » et la remise d'une ultime proposition a été fixée au 16 mars 2009.

Après réception des quatre propositions, des questions techniques complémentaires ont été posées aux candidats. Selon le rapport pour le classement des offres, ces questions ont conduit un des

candidats à faire une troisième proposition acceptée par le CHRU. Dès lors, la possibilité a été donnée à tous les candidats de faire une dernière proposition pour le 1er avril 2009.

A la question de savoir quel était le candidat ayant remis une troisième proposition, le directeur des achats et des marchés publics du CHRU a répondu qu'il s'agissait d'INEO.

Il aurait été logique de ne pas accepter de nouvelle offre d'un des candidats sans qu'il n'y ait été préalablement invité. Par ailleurs, pourrait être considéré comme une rupture d'égalité entre les candidats le fait d'accepter une offre spontanée de l'un d'entre eux sans avoir dûment demandé aux autres candidats d'en rendre une. Le pouvoir adjudicateur a, en l'espèce, pris un risque juridique important.

Interrogé sur la fréquence de l'acceptation d'une offre spontanée, le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que la procédure était exceptionnelle.

Au vu du rapport d'analyse suivant ces négociations, il apparaît que les 4 entreprises ont baissé les prix de leurs offres, de - 0,89 % à - 11,19 %. La moyenne de ces offres (959 021,93 € HT) se rapproche ainsi de l'estimation initiale des services (941 000 € HT).

L'analyse du maître d'œuvre fait alors apparaître les notes suivantes :

1. SPIE **-** 0,844
2. SOMITEG **-** 0,808
3. INEO **-** 0,778
4. FONTANIE **-** 0,709

Selon le maître d'œuvre, la différence de notation finale entre les entreprises SPIE et SOMITEG réside principalement sur les fournitures de certaines documentations à l'appui du dossier technique remis par SOMITEG par rapport à celui de SPIE. Les documentations manquantes chez SOMITEG ne concernent, principalement, que les appareillages et luminaires, matériels « standards » et très peu représentatifs au regard du marché et de l'objet de cette opération (environ 4 600 € HT soit 0,5 % par rapport à l'offre globale SOMITEG) et certaines documentations courants faibles (prises RJ45, panel PC…) également peu représentatives en termes « financiers » au regard de la proposition globale. L'entreprise mentionne toutefois sa conformité, par écrit et de fait, avec les pièces écrites et demandes du marché.

La proposition et l'offre remises par SOMITEG sont chiffrées à un montant de 903 746,71 € HT, soit une moins-value de 43 122,04 € HT par rapport à l'offre de SPIE. Cette différence de prix (4,86 % entre les deux offres) peut être à considérer (un peu plus de 3 % du montant global de l'opération).

Toujours selon le maître d'œuvre, les entreprises SOMITEG et SPIE sont titulaires, chacune, d'un des marchés à bons de commande du CHRU pour les courants forts. Ces entreprises ont, à notre sens, privilégié sur les installations du CHRU dans le cadre de leurs marchés « à bons de commandes » de travaux.

Il convient donc de relever que, dans l'étude des offres, le maître d'œuvre a estimé devoir prendre en compte les solutions proposées par les deux entreprises titulaires des marchés d'entretien du CHRU : SOMITEG et SPIE.

Enfin, le maître d'œuvre note que : « *bien que ne faisant pas partie des critères « purs » de sélection, la solution proposée est à considérer également car les matériels proposés sont déjà présents sur les sites du CHU, ce qui facilite la maintenance (tiroirs disponibles), l'exploitation et le dépannage/exploitation (matériels connus) également du fait de l'interchangeabilité des tiroirs entre postes et sites.* ».

Cette analyse pourrait être interprétée comme « une prime au sortant ».

Indépendamment de ces constats, la maîtrise d'ouvrage a suivi l'avis du maître d'œuvre. Néanmoins, la CAO, réunie le 30 avril 2009, n'a pas confirmé cette option pour le lot 3 et le classement a été changé. SOMITEG est alors placé en tête devant SPIE, contrairement à la conclusion du rapport d'analyse.

Au vu du procès-verbal de la CAO, la commission « *propose de donner une note de 5 sur le sous-critère 1 du critère 2 à FONTANIE et SOMITEG en raison du fait que les documentations manquantes pour les deux entreprises sont peu représentatives de l'objet de la consultation, et par ailleurs une note de 2 à INEO sur le critère 3 pour mettre en adéquation la note du critère 3 et la note du critère 2* ».

De façon plus précise, le sous-critère 1 du critère 2 (valeur technique) porte sur la provenance et le choix des matériaux. La CAO considère que l'absence des documentations sur les petits appareillages et luminaires n'a pas à être sanctionnée malgré le fait que ces demandes aient été expressément formulées dans les dossiers de la consultation.

S'il est certain que le choix de l'entreprise SOMITEG est préférable *a priori* (4,86 % de moins) sur le plan financier, il n'en demeure pas moins que cette décision peut être constitutive d'une certaine remise en cause des conditions de la consultation. L'entreprise SPIE aurait en effet été fondée à arguer du fait que son offre était conforme en tous points, que celle de l'entreprise SOMITEG aurait pu être considérée comme étant irrégulière et que la décision de la CAO remettait en cause l'égalité de traitement entre les candidats.

Le critère 3 porte sur la « cohérence de l'offre ». Il est difficile de comprendre cette décision d'augmentation de la note « *pour mettre en adéquation la note du critère 3 et la note du critère 2* ». En effet, si les notes des entreprises FONTANIE et SOMITEG sont augmentées du fait que la documentation manquante n'est pas considérée comme essentielle, il est surprenant d'augmenter la note de l'entreprise INEO par parallélisme sachant que les documents manquants sont beaucoup plus importants.

Interrogé sur ce point, le CHRU a indiqué que : « *La CAO a estimé que les petits appareillages et luminaires dont les documentations étaient manquantes, ne représentaient qu'une part mineure dans ce lot, tant en termes de coût qu'en termes de complexité technique. En effet, la consultation portait sur la réfection d'un poste de transformation électrique n° 3 HT/BT, TGBT et changement de régime de neutre / habillages et isolation façade, les petits appareillages et luminaires n'étant pas des éléments majeurs mais accessoires des offres* ».

De la même manière, interrogé sur le critère 3 relatif à la cohérence de l'offre, l'établissement a répondu en ces termes : « *La CAO a estimé que la cohérence de l'offre d'INEO ne pouvait pas être jugée insatisfaisante (note 1) alors que la valeur technique de cette même offre (critère 2) avait été jugée acceptable sur un sous-critère et satisfaisante sur l'autre sous-critère. Une note de 2 a donc été attribuée à INEO sur le critère 3 par la CAO.* ».

Enfin, interrogé sur les documentations manquantes des offres des entreprises, le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que « *la documentation manquante dans l'offre INEO concernait le poste électrique en lui-même et non les éléments annexes, comme indiqué ci-dessus pour les offres FONTANIE et SOMITEG* ».

Quoiqu'il en soit, du fait des changements de notes et des formules de calcul choisies, les écarts recherchés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse demeurent extrêmement réduits.

Trois entreprises sont alors classées premières, à égalité en termes de valeur technique (SPIE, SOMITEG et FONTANIE), ce qui n'était pas le cas précédemment (seulement SPIE). Concernant la cohérence de l'offre, il y a deux premiers (SOMITEG et SPIE) et deux seconds *ex aequo* (INEO et FONTANIE). Ainsi, des écarts aussi restreints ne démontrent plus vraiment les différences qui existent entre les offres des candidats.

Le classement final, après variations des notes décidées par la CAO, devient alors :

1. SOMITEG - 0,863
2. SPIE - 0,844
3. INEO - 0,812
4. FONTANIE - 0,764

Le lot 3 a donc été attribué par la CAO à l'entreprise SOMITEG pour un montant global et forfaitaire égal à 903 746,91 € HT soit 1 080 881,30 € TTC. L'établissement a suivi l'avis de la CAO.

L'Acte d'Engagement (AE) a été signé par l'attributaire le 1er avril 2009 et par la personne publique le 15 juin 2009. Il convient néanmoins de relever que le montant de l'attribution en CAO est différent du montant contractualisé dans l'AE. En effet, le marché a été attribué pour un montant de 903 746,91 € HT mais a été notifié pour un montant de 901 586,91 € HT, après mise au point du marché (annexe 1 à l'AE).

L'annexe 1 de l'acte d'engagement, intitulée « modifications apportées à l'offre initiale suite aux négociations », est, quant à elle, signée en date du 28 mai 2009.

Le marché a été notifié en date du 18 juin 2009 sans que la lettre de notification ne rappelle en aucune manière le montant du marché.

Enfin, le délai d'une année entre l'AAPC et la notification du marché est particulièrement important, démontrant ainsi les difficultés rencontrées pour « ajuster la procédure » avec, au passage, une interrogation quant à la validité des offres dans le temps.

Le PV des opérations préalables à la réception date du 22 juillet 2010. Il est dûment signé par le maître d'œuvre et par le titulaire.

Le PV de réception du maître d'œuvre à l'attention du pouvoir adjudicateur, en date du 26 juillet 2010, reprend les réserves indiquées dans le PV susvisé. Le maître d'œuvre propose de prononcer la réception sous réserves en retenant pour l'achèvement des travaux la date du 26 juillet 2010.

L'établissement, dans le PV portant décision de réception en date du 19 août 2010, suit les préconisations du maître d'œuvre. En conséquence, la réception est prononcée, avec effet à la date du 26 juillet 2010, sous réserve de l'exécution des prestations faisant l'objet des réserves avant le 26 août 2010.

C'est en date du 22 novembre 2010 que le maître d'œuvre a proposé de lever les réserves dont était assortie la décision de réception du 26 juillet 2010.

Le maître d'ouvrage a suivi les propositions complémentaires du maître d'œuvre et a prononcé, le 20 décembre 2010, la réception sans réserve avec effet à la date du 26 juillet 2010.

Les réserves devaient être levées avant le 26 août 2010, et c'est seulement le 20 décembre 2010 que le CHRU a prononcé la réception avec levée des réserves, avec effet en date du 26 juillet 2010.

Or, en l'espèce, l'établissement fait référence au CCAG TX 76 et n'a pas dérogé aux dispositions des articles 41 et 42 dudit CCAG.

Ces articles font référence aux opérations de réception :

« *41.5. S'il apparaît que certaines prestations prévues au marché et devant encore donner lieu à règlement n'ont pas été exécutées, la personne responsable du marché peut décider de prononcer la réception, sous réserve que l'entrepreneur s'engage à exécuter ces prestations dans un délai qui*

n'excède pas trois mois. La constatation de l'exécution de ces prestations doit donner lieu à un procès-verbal dressé dans les mêmes conditions que le procès-verbal des opérations préalables à la réception.

41.6. Lorsque la réception est assortie de réserves, l'entrepreneur doit remédier aux imperfections et malfaçons correspondantes dans le délai fixé par la personne responsable du marché ou, en l'absence d'un tel délai, trois mois avant l'expiration du délai de garantie défini au 1 de l'article 44.

Au cas où ces travaux ne seraient pas faits dans le délai prescrit, la personne responsable du marché peut les faire exécuter aux frais et risques de l'entrepreneur ».

L'entrepreneur avait un mois pour exécuter les prestations objet des réserves, au vu du PV de réception avec réserves établi par le maître d'ouvrage en date du 26 juillet 2010. Aux termes de l'article 41.6 du CCAG TX 76, l'entrepreneur était en effet tenu de réaliser les prestations objets des réserves dans le délai imparti par le maître d'ouvrage. A défaut, le maître d'ouvrage avait la possibilité de faire exécuter les travaux aux frais et risques de l'entrepreneur.

Force est de constater que le délai accordé a été largement dépassé au cas d'espèce. Néanmoins, le maître d'ouvrage a prononcé la réception avec levée des réserves avec effet rétroactif, ce qui apparaît favorable à la société attributaire SOMITEG.

Par ailleurs, quatre avenants ont été passés, portant le montant du marché à 925 010 € HT, soit 1 106 311,96 € TTC. Le pourcentage d'augmentation est de 2,59 %.

L'avenant numéro 1 a été notifié en date du 2 mars 2010. Il n'a pas d'incidence financière et a pour objet de prendre en compte les modifications inscrites dans la fiche de travaux n° 5 :

- « *modifications apportées au projet de base concernant la fiabilisation de la distribution 48 Vcc ;*
- *mise en place des dispositions nécessaires au maintien des conditions d'ICC au rang 1 de l'installation (armoires directement issues des départs des TGBT 3A et 3B* ».

L'avenant numéro 2 a été notifié en date du 16 juin 2010, présentant une moins value égale à 8 604,87 € HT, soit 10 291,42 € TTC, et correspondant à la suppression de « travaux de VRD (tranchée) non nécessaires après investigations sur site (fourreaux existants utilisables) ». Cet avenant a été passé dans le prolongement d'une fiche de travaux modificatifs, validée par le maître d'ouvrage en date du 22 avril 2010.

Le nouveau montant du marché est donc porté à 892 982,04 € HT, soit 1 086 006,52 € TTC.

Il convient de rappeler que l'étude de faisabilité d'une opération comprend en général des études sur les fourreaux via les plans de récolement. Il est donc surprenant de constater que cette étude n'ait pas été réalisée, malgré la maîtrise d'œuvre en charge de la préparation du dossier.

L'avenant numéro 3 a été notifié en date du 15 juillet 2010, présentant une augmentation de 26 251,51 € HT, soit 31 396 € TTC. Cet avenant représente 1,95 % d'augmentation.

Cet avenant a été passé à la suite de la fiche de travaux modificatifs acceptée par le maître d'ouvrage en date du 20 mai 2010. Cet avenant a été ainsi justifié : « *le câble d'alimentation du poste CARDIO existant présente un défaut d'isolement ne permettant pas sa réalimentation compte tenu du changement de régime neutre en TN dans le cadre de l'opération. Le câble existant étant enterré sur la plus grande partie de son parcours, il a été prévu un cheminement différent, l'alimentation étant déportée vers le bâtiment IRB. Travaux nécessaires afin de maintenir l'alimentation électrique des bâtiments IMUNO et INTERNAT. Travaux imprévisibles !* ».

L'avenant numéro 4 a été notifié le 10 août 2010 et présente une augmentation de 5 776,45 € HT, soit 6 908,63 € TTC. Cet avenant représente 2,59 % d'augmentation. Le nouveau montant du marché est porté à 925 010 € HT, soit 1 106 311,96 € TTC.

Cet avenant est le prolongement de deux fiches de travaux modificatifs :

- une première fiche de travaux modificatifs validée par le maître d'ouvrage en date du 23 juillet 2010, et portant sur des « *travaux électriques pour l'alimentation des installations de climatisation afin de maintenir une température inférieure à 25° pour le bon fonctionnement des détecteurs SSI dans le local du TGS* ». Le montant des modifications est de 873,25 € HT ;

- une seconde fiche de travaux modificatifs validée par le maître d'ouvrage en date du 17 juin 2010. L'objet est « *la réalimentation de quatre tourelles de désenfumage depuis le TGS. Ces équipements étaient identifiés « hors service » sur TGBT d'origine* ». Les travaux sont présentés comme étant indispensables pour le démantèlement de l'ancien TGBT. Ces travaux supplémentaires impliquent une « *prolongation du délai contractuel jusqu'au 26/07/2010* » et entraînent un surcoût de 4 903,20 € HT.

L'avenant, s'il reprend *in extenso* les justifications avancées dans les fiches de travaux modificatifs, ainsi que le coût cumulé, ne reprend pas explicitement la modification du délai contractuel puisqu'il est seulement écrit que ces travaux supplémentaires impliquent une « *prolongation du délai contractuel jusqu'au 26/07/2010* ».

Il convient par ailleurs de constater dans la fiche de travaux modificatifs, et non dans l'avenant, que la date du 26 juillet 2010, sensée être la fin de la prolongation du délai contractuel, est antérieure à l'avenant, notifié le 10 août 2010.

Le CCAG TX 76, dans son article 19.2, est très clair sur les augmentations de délais : « *19.23. En dehors des cas prévus au 21 et 22 du présent article, la prolongation du délai d'exécution ne peut résulter que d'un avenant* ».

L'établissement hospitalier ne pouvant arguer des cas prévus aux 21 et 22 de l'article 19.2 du CCAG TX 76, et n'ayant pas dérogé à cet article dans les pièces contractuelles, la prolongation du délai devait donc faire l'objet d'un avenant.

La réception définitive a été prononcée le 20 décembre 2010, avec effet à la date du 26 juillet 2010. Or, la date du 26 juillet 2010 est la même que celle mentionnée dans la fiche de travaux modificatifs en appui de l'avenant numéro 4, sans qu'aucun avenant n'ait prolongé la durée de validité du marché.

1.2.3.5. Marché numéro 100626 - « Hôpital Lapeyronie - Restructuration du plateau technique des blocs opératoires - Conception - Réalisation »

L'opération de restructuration et d'extension du plateau technique des blocs opératoires de l'hôpital Lapeyronie a fait l'objet de la passation d'un marché de conception réalisation en 2010. Elle visait à restructurer environ 4 000 m² de Surface D'Oeuvre (SDO) et à réaliser une extension de 800 m² de SDO.

L'analyse de ce marché appelle les principales observations suivantes :

- recours à un programmiste (AEPRIM / HOSPICONSEIL) dont les entités juridiques ont fait l'objet d'une radiation du registre du commerce des sociétés respectivement le 11 juillet 2008 et le 1er août 2010, sans que le CHRU n'en prenne acte ;

- l'entreprise mandataire d'un groupement candidat pour l'obtention du marché, classé second notamment au motif que son offre correspondait moins aux attentes des utilisateurs et au programme en règle générale, se trouve, *in fine*, cotraitant du mandataire retenu par l'intermédiaire d'une société tierce en charge de la conception. Cette phase faisant l'objet d'un avenant portant de 5 à 6 le nombre de salles d'opération, ce dernier chiffre correspond à l'offre initiale du groupement écarté.

Modalités de passation du marché

La procédure de conception-réalisation a été passée en application des articles 37 et 69 du code des marchés publics. La forme choisie par le CHRU est donc l'appel d'offres restreint.

La passation d'un marché de conception-réalisation constitue une procédure dérogatoire qui ne peut être mise en œuvre que de manière très restrictive.

Les marchés de conception-réalisation sont en effet prévus par la loi MOP du 12 juillet 1985. Par dérogation à l'article 7 qui pose le principe d'une mission de maîtrise d'œuvre distincte de celle de l'entrepreneur pour la réalisation d'un ouvrage, l'article 18-I permet au maître d'ouvrage de « *confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructures, à une personne de droit privé une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics les dispositions de ce code* ».

Des règlementations particulières permettent de faire appel plus largement à ce processus de construction. L'ordonnance « santé » (article 21 de l'ordonnance 2003-850 du 4 septembre 2003) portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé prévoit aussi le recours à ce processus sans condition pour des établissements publics de santé ou de structures de coopération sanitaire.

C'est dans ce cadre que le CHRU de Montpellier a donc eu recours à un marché de conception-réalisation.

La mission du groupement de conception-réalisation était prévue pour 36 mois, ce délai englobant les travaux devant s'échelonner sur 24 mois.

L'établissement hospitalier a eu recours aux services de la société AEPRIM / HOSPICONSEIL, en tant que programmiste. Il apparaît que la société HOSPICONSEIL a été radiée du Registre du Commerce et des Sociétés (RCS) le 11 juillet 2008 ainsi que la société AEPRIM le 1er août 2010, sans que l'établissement ne procède pour autant à la passation d'avenants de transfert vers d'autres sociétés.

Le marché de programmation a été notifié le 3 mars 2008, pour une exécution jusqu'au 31 décembre 2008, c'est-à-dire sur la durée prévue de la phase 1 et non jusqu'à la fin des travaux ou jusqu'à la fin de la Garantie de Parfait Achèvement (GPA). Le montant réalisé est de 74 600,50 € TTC.

Le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que le besoin de recourir à une telle mission jusqu'au terme des travaux, voire de la GPA, n'avait pas été identifié et que des ressources internes étaient susceptibles de suivre ce genre de prestations.

La mission d'un programmiste consiste certes à faire le programme et à assister le maître d'ouvrage dans la collecte des besoins, la rédaction des pièces et la passation, mais également à s'assurer que l'exécution correspond à la demande exprimée lors de la passation (coûts, respect du programme architectural, validation des changements pouvant intervenir en cours d'exécution…). Le CHRU a donc fait le choix d'assurer seul cette tâche.

Une première publicité a été effectuée le 20 octobre 2008.

Le 27 novembre 2008, cette publicité, comportant une erreur, a été annulée et remplacée par une nouvelle publication. La modification principale porte sur la pondération des critères. De 35 % pour le coût dans la première publicité, ce pourcentage passe à 40 % dans la seconde. Et de 40 % pour la qualité dans la première publicité, il passe à 35 %. Le reste des critères n'est pas modifié.

La remise des candidatures était prévue le 15 janvier 2009, soit 50 jours après l'Avis d'Appel Public à la Concurrence (AAPC), le délai minimum étant de 37 jours. Le CHRU, en laissant davantage de temps, a ainsi permis une mise en concurrence dans de bonnes conditions.

Le dossier de consultation des concepteurs-réalisateurs a été remis lors d'une visite le 23 avril 2009.

Les critères de jugement des offres ont été clairement indiqués dans le Règlement de Consultation (RC), ainsi que l'organisation des auditions et l'indemnisation maximum (fixée à 100 000 € HT).

La composition du jury a été arrêtée le 17 mars 2009.

12 opérateurs économiques ont remis un dossier de candidature dans les délais impartis. Les candidatures ont été ouvertes et analysées par le jury le 31 mars 2009.

2 sociétés se présentant en candidat unique ont été déclarées non-conformes. 4 candidatures ne présentaient pas de garanties professionnelles ou financières suffisantes.

Ce sont donc 5 candidats qui ont été admis : les groupements 3, 4, 5, 7 et 10.

Le programme technique des besoins et les pièces écrites de la consultation ont été remis aux 5 groupements le 23 avril 2009, au cours de la visite du site.

Les 5 candidats ont déposé leurs offres 84 jours plus tard, l'avant-projet sommaire et les documents administratifs et techniques étant produits dans les délais.

L'ordre des auditions résulte d'un tirage au sort réalisé par le président du jury le 24 septembre 2009. Un temps de 60 mn a été accordé à chaque candidat, dont un temps maximum de 30 mn pour l'exposé du projet, le reste étant dédié aux questions du jury.

Des questions écrites ont ensuite été transmises par télécopie aux concurrents. Ces derniers disposaient d'un délai de 15 jours pour répondre et présenter, le cas échéant, une offre précisée ou complétée. Les utilisateurs (les personnels des blocs opératoires) ont également été consultés sur les 5 projets en octobre 2009.

Le projet étant apparu comme le plus en adéquation avec les attentes des utilisateurs est celui de la société CARI CIMBA. Le jury a attribué le marché le 27 octobre 2009, et le pouvoir adjudicateur a suivi l'avis du jury le 7 décembre 2009.

Sur le plan de l'analyse des offres, il convient de relever que bien que moins onéreuse, l'offre du groupement classé second (AXIMA) est apparue comme correspondant moins aux attentes des utilisateurs et au programme en règle générale.

Modalités d'exécution du marché

Début 2011, le marché n'était pas encore arrivé au terme de son exécution. Il est cependant possible de faire les premiers constats qui suivent.

Un premier avenant a été passé afin de modifier la répartition des honoraires du groupement. Cet avenant a été dûment notifié le 10 août 2010.

Cet avenant opère une première modification et consacre l'arrivée de l'activité CEGELEC et de la société AXIMA-SEITHA au stade de la conception, l'objectif précisé étant *« d'optimiser cette phase et d'anticiper leurs études d'exécution »*.

Or, la société AXIMA faisait partie des candidats initiaux retenus pour déposer une offre.

Il apparaît en outre que dans le groupement « CARI » figurait la société SEITHA technique et réalisation. Or, la société SEITHA est possédée à plus de 99 % par la société AXIMA, et l'intégralité des agences de la société SEITHA sont considérées comme des établissements « inactifs ».

Cette société a en effet été radiée du RCS le 12 mars 2010 et a cessé son activité dès décembre 2009. Elle a en fait été absorbée officiellement par la société AXIMA le 15 janvier 2010.

Préalablement à cette opération de fusion, la société SEITHA a transféré le 23 juillet 2009 un établissement secondaire au 31 Rue des Clotais à Bry-sur-Marne (94360). Ultérieurement, cette adresse est devenue l'un des établissements de la société AXIMA.

CHRONOLOGIE DU MARCHE	CHRONOLOGIE DE L'ABSORPTION
Remise des candidatures : 15/01/2009	
Ouverture et agrément des candidatures : 31/03/2009	
Visite et remise des documents : 23/04/2009	
Date limite de dépôt des offres : 15/07/2009	
Attribution en jury : 27/10/2009	
	16/12/2009 : approbation du traité de fusion par les assemblées générales des deux sociétés
	Fin activité SEITHA : 12/2009
	Absorption de SEITHA par AXIMA : 15/01/2010
Notification : 19/02/2010	
	Radiation de SEITHA du RCS : 12/03/2010

Il est donc loisible de supposer que lors de la constitution des groupements en janvier 2009, le projet de fusion absorption (en général assez long) était déjà en cours entre les sociétés AXIMA et SEITHA, même si la société SEITHA n'était pas encore la propriété d'AXIMA.

Aussi, la chambre constate-t-elle une certaine ambiguïté dans la chronologie des évènements entre le déroulement du marché et celui de la procédure d'absorption.

En effet, au vu de l'analyse des offres, la proposition d'AXIMA, bien que plus proche de l'enveloppe prévisionnelle, est moins en adéquation avec les attentes des utilisateurs et du maître d'ouvrage. C'est sur le projet en lui-même que l'offre de CARI a été retenue, bien que plus chère que celle d'AXIMA. Néanmoins, *in fine*, AXIMA, via la société SEITHA, fait partie du groupement attributaire.

L'annexe 10 de l'Acte d'Engagement (AE), relative à la mise au point du marché du 18 février 2010, fait état du changement de dénomination sociale de la société SEITHA en AXIMA SEITHA à compter du 16 décembre 2009.

Le fait que la société AXIMA, ancien concurrent, travaille sur la « conception » du projet est surprenant à plusieurs égards. Il est en tous cas certain que cette phase sera *de facto* « optimisée » et les études d'exécution « anticipées ».

Indépendamment de ces constats, le montant alloué à la société AXIMA est, au regard de l'avenant n° 1 susvisé, de 3 540 700 € HT, sur un total de 19 394 054,21 € HT. Il correspond au montant initialement prévu pour la seule phase de réalisation des travaux, sans effet inflationniste sur le montant global du marché.

DENOMINATION	MARCHE DE BASE
CARI	10 329 383,45
CEGELEC	3 400 266,76
AXIMA SEITHA	3 540 700,00
CHABANNE	1 105 000,00
BETEREM	978 954,00
INGEROP	39 750,00
TOTAL	19 394 054,21

Un avenant numéro 2 a également été passé afin de prendre en compte la fiche de travaux modificative numéro 1, laquelle prévoit notamment la révision de la capacité d'extension et le passage à 6 salles d'opération contre 5 initialement prévues.

Le passage de 5 à 6 salles correspond ainsi au projet initial d'AXIMA.

Le montant total de l'avenant 2 s'élève à 157 380 € HT soit 188 226,48 € TTC, en augmentation de 0,81 % par rapport au montant initial. Le nouveau montant du marché est de 19 551 434,21 € HT soit 23 383 515,32 € TTC. L'établissement est conduit en conséquence à mettre en œuvre un projet avec un prestataire écarté au stade initial.

Ce constat conduit la chambre à s'interroger sur cette opération et sur les objectifs poursuivis par les deux prestataires.

1.2.4. Marchés de prestations intellectuelles

1.2.4.1. Marché numéro 050859 - Marché d'étude de performance du système d'information hospitalier

L'analyse de ce marché appelle les principales critiques suivantes :

- absence de justification du recours à des critères hiérarchisés ;
- choix de l'attributaire incohérent au regard du rapport d'analyse des offres ;
- transparence de la procédure et respect de l'équité non assurés ;
- résultats de la mission insatisfaisants.

<u>Modalités de passation du marché</u>

La direction générale du CHRU a souhaité faire réaliser une étude de performance du système d'information hospitalier.

Pour ce faire, une consultation portant sur trois thèmes a été lancée :

- analyse du service informatique sous l'angle « activités et ressources » ;
- analyse du service informatique sous l'angle « perspectives et évolutions » ;
- évaluation des compétences des agents du service informatique (partir optionnelle).

Le marché a été passé selon une procédure adaptée, en vertu de l'article 26 du CMP 2004, dont les dispositions sont rappelées ci-après :

« *Les marchés sont passés sur appel d'offres.*

Toutefois, ils peuvent être passés selon une procédure négociée dans les cas prévus aux articles 35 et 84, selon la procédure de dialogue compétitif dans les cas prévus à l'article 36, selon la procédure de conception-réalisation dans les cas prévus à l'article 37, selon la procédure du concours dans les cas prévus à l'article 38, selon la procédure des marchés de définition dans les cas prévus aux articles 73 et 74 ou encore selon les procédures particulières prévues aux articles 30, 31, 68 et 74.

Les marchés peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils fixés au II, au premier alinéa du III et au IV de l'article 28. ».

L'article 28, dans son alinéa 3, dispose parallèlement :

« *II. - Pour les marchés de fournitures et de services, les seuils en dessous desquels la procédure adaptée est possible sont de 150 000 € HT pour l'Etat et de 230 000 € HT pour les collectivités territoriales.* ».

Le décret n° 2005-1737 du 30 décembre 2005, modifiant les seuils mentionnés dans le code des marchés publics, a abaissé les seuils à 135 000 € pour l'Etat et 210 000 € HT pour les collectivités territoriales.

La publicité datant de juillet 2005, c'est le seuil de 150 000 € HT qui s'applique.

Au cas d'espèce, il semble que l'estimation des besoins était inférieure aux seuils des procédures formalisées. Il n'a pas été trouvé trace de l'enveloppe prévisionnelle, même sur les documents retraçant l'agrément des candidatures et l'analyse des offres.

Une publicité a été envoyée au BOAMP le 19 juillet 2005, et 12 sociétés ont retiré un DCE, présenté sous forme dématérialisée.

La date de remise des offres était fixée au 5 août 2005. 5 entreprises ont envoyé une offre dans les délais.

Une hiérarchisation des critères non justifiée

Les critères de sélection sont présentés de façon hiérarchisée, par ordre décroissant d'importance, pour chaque enveloppe.

La première enveloppe est relative aux références du candidat dans le domaine de l'audit informatique et sa connaissance du monde hospitalier public.

La seconde enveloppe porte sur :

1. l'adéquation entre les attentes du CHU et la réponse donnée ;
2. la qualité et les compétences des consultants proposés par le soumissionnaire ;
3. la méthodologie proposée et le respect du calendrier ;
4. le prix.

La chambre rappelle que l'article 53-II du CMP 2004 (modifié par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, art. 58) disposait alors que :

« *I. - Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées.*

II. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations.

D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché.

Si, compte tenu de l'objet du marché, la personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère doit être le prix.

Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés. ».

La jurisprudence administrative a, à de nombreuses reprises, rappelé que la pondération demeure la règle et la hiérarchisation l'exception, cette dernière devant être dûment motivée.

Ainsi, l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 7 octobre 2005 « *Communauté urbaine de Marseille Provence Métropole* » (numéro 276867), tout en reprenant les principes énoncés par le manuel d'application du code des marchés, indique :

« *Considérant qu'aux termes du dernier alinéa du II de l'article 53 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004, les critères de choix des offres sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés ; qu'il résulte de ces dispositions que les critères doivent être pondérés, sauf si la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut justifier que cette pondération n'est pas possible ; que c'est seulement en ce cas que cette personne peut se borner à procéder à leur hiérarchisation ; qu'ainsi, en déduisant de ce que la communauté d'agglomération Marseille-Provence-Métropole ne justifiait pas d'une telle impossibilité, qu'elle n'avait pu légalement se borner, dans les documents de la consultation, à hiérarchiser les critères d'attribution du marché litigieux, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit* ».

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas justifié son recours à la hiérarchisation.

<u>Des imprécisions quant au caractère forfaitaire de la prestation</u>

Il convient de relever certaines incohérences quant au type du marché, s'agissant de l'établissement des prix.

Il s'agit *a priori* d'un marché de type forfaitaire, par référence aux dispositions de l'article 8-2 du CCAP.

Or, l'article 7-3-c du RC indique les documents que les candidats doivent remettre au titre de la seconde enveloppe et la présence d'un bordereau des prix est mentionnée.

Un document intitulé « Annexe 1 à l'AE valant bordereau des prix » est bien présent à l'appui de certaines offres.

D'autres candidats ont cependant privilégié une solution plus logique, en modifiant et complétant directement l'article 2 de l'AE relatif au prix. Or, le pouvoir adjudicateur, dans l'AE transmis aux candidats au titre du DCE, n'avait pas pris le soin de matérialiser la proposition ferme d'un côté et l'option de l'autre.

Ces constats traduisent le fait que le pouvoir adjudicateur n'a pas maîtrisé la problématique des Bordereaux des Prix dits « Unitaires » (BPU) et des Décompositions des Prix Globaux et Forfaitaires (DPGF).

Un BPU sert à exécuter le marché par émission de bons de commandes passés en application des prix unitaires qui y figurent. Il ne saurait y avoir de colonne « total » ou « rabais », dès lors qu'il ne s'agit pas d'une commande finale mais seulement de références de prestations contractualisées permettant la commande. Il est assez peu fréquent également de voir les prix en montants « toutes taxes comprises » alors qu'ils sont contractualisés en « hors taxes ».

Une DPGF sert au pouvoir adjudicateur à vérifier la cohérence des prestations proposées par le candidat à l'intérieur d'une prestation réglée forfaitairement. La DPGF permet au pouvoir adjudicateur d'étudier la décomposition des prestations. Elle peut être contractualisée ou non.

Au cas d'espèce, il ne peut donc s'agir que d'un marché forfaitaire, avec une décomposition du prix global et forfaitaire le cas échéant.

Les incohérences constatées dans les documents, conjuguées avec l'intégration de la notion de bordereau des prix dans un marché forfaitaire, sont de nature à laisser supposer une carence dans les compétences des agents chargés de l'élaboration des marchés, non seulement sur le plan de la compréhension des différents types de marchés, mais également dans l'articulation logique entre les documents.

<u>Des critères relevant de concepts flous en matière d'agrément des candidatures</u>

Les candidatures ont toutes été agréées, à l'exception de l'une d'entre elles pour laquelle l'établissement a relevé que « *ses références relatives à des prestations similaires ont été jugées insuffisantes au vu du critère nécessaire à la première enveloppe* ».

Il convient de noter que cette entreprise a été immatriculée le 31 décembre 2002. La publicité de ce marché datant du 19 juillet 2005, cette entreprise avait donc à l'époque deux ans d'existence.

Il est néanmoins rare qu'une entreprise, qui plus est de création récente, ne soit pas agréée au vu de critères aussi vagues que ceux portant sur les références du candidat dans le domaine de l'audit informatique et sa connaissance du monde hospitalier. Aucune indication sur le nombre d'années d'expérience n'est donnée alors qu'il est en général demandé en matière de prestations intellectuelles des références sur les trois dernières années pour des prestations similaires. Par ailleurs, le critère relatif à la *« connaissance »* du monde hospitalier pourrait apparaître comme un concept peu précis.

Le fait d'éliminer au stade de la candidature une entreprise pour absence de références en audit et de connaissance du monde hospitalier ne présenterait pas de difficulté particulière si le pouvoir adjudicateur avait réalisé une analyse des offres objective.

<u>L'incohérence du choix en matière d'analyse des offres</u>

Au stade de l'analyse des offres, il est fait état que l'entreprise attributaire (SLS) ne possède « *pas de références en milieu hospitalier* », que l'entreprise C….. a de « *faible référence en milieu hospitalier* » et l'entreprise A…… possède « *peu de référence en milieu hospitalier* » (voir tableau en annexe 1). La chambre ne peut donc que constater l'introduction de critères de sélection des candidatures au sein de l'analyse des offres.

Les appréciations ainsi portées pourraient conduire à déduire que ces entreprises agréées, tout en n'ayant pas ou peu de références dans le domaine hospitalier, doivent nécessairement avoir des références en audit informatique. Or, cette hypothèse ne semble pas être retenue car les critères d'agrément des candidatures mentionnent que les entreprises doivent avoir des références « *dans le domaine de l'audit informatique **<u>et</u>** une connaissance du monde hospitalier* ».

Dans ce contexte, il est surprenant de constater que l'entreprise la moins bien jugée soit finalement attributaire du marché.

En effet, le rapport d'analyse des offres souligne que « *SLS n'a pas de références en milieu hospitalier, a faiblement compris la mission, ne décrit pas la méthodologie employée, n'indique aucune organisation du projet et comprend des personnes peu compétentes au vu des CV* ».

A titre de rappel, les critères hiérarchisés de jugement des offres étaient :

- critère n° 1 : adéquation entre les attentes du CHU et la réponse donnée ;
- critère n° 2 : qualité et compétences des consultants proposés par le soumissionnaire ;
- critère n° 3 : méthodologie proposée et respect du calendrier ;
- critère n° 4 : prix.

Ainsi, la comparaison point par point des éléments de l'offre et des critères conduit à formuler les constats suivants :

- critère n° 1 : faible compréhension de la mission et absence d'organisation du projet ;
- critère n° 2 : personne(s) peu compétente(s) ;
- critère n° 3 : absence de description de la méthodologie ;
- critère n° 4 : absence de distinction dans l'AE entre le ferme et l'optionnel.

Si l'on considère que l'adéquation entre les attentes du CHRU et la réponse donnée prend également en compte le nombre de jours consacrés à la mission, force est de constater que l'établissement ne semblait pas avoir d'idées précises sur la question.

En effet, la société SLS proposait 50 jours tout compris, alors que les autres candidats en proposaient au minimum le double, ce qui établit une moyenne de 93,5 jours. Paradoxalement, la société attributaire annonçait que sa mission durerait autant de temps (2 ou 3 mois pour la tranche ferme) que les candidats qui consacraient le double de nombre de jours. Par ailleurs, les candidats ont indiqué précisément combien de temps durerait la mission : 2,5 mois, 3 mois, 3,5 mois, et non une fourchette comme SLS.

Dans ce contexte, il est très difficile de concevoir comment le CHRU a pu parvenir à la conclusion que la société SLS était la mieux disante au regard des critères hiérarchisés énoncés.

En effet, c'est la société C…G…. qui paraissait être la plus en adéquation avec les attentes de l'établissement en termes de qualité, compte tenu des appréciations portées :

- « *nombreuses références en milieu hospitalier ;*
- *excellente compréhension de la mission ;*
- *bonne approche méthodologique ;*
- *calendrier de 3 mois pour la TF et 4 pour la TC ;*
- *organisation du projet avec management et équipe technique*
- *personnes très compétentes* ».

Le 8 août 2005, le pouvoir adjudicateur a envoyé une télécopie à la société SLS pour demander de préciser le bordereau de prix concernant notamment l'option décrite au 1.1.c du CCP.

La société a répondu le jour même, en deux temps, mais en ajoutant des éléments nouveaux sur sa candidature.

La chambre rappelle qu'à ce stade, les candidats, lorsqu'ils sont interrogés sur la teneur de leur offre, ne peuvent en aucun cas ajouter des éléments qui changent la nature de leur offre.

Or, les références ajoutées par la société portent sur les éléments de la candidature, alors que la question posée concerne un élément de son offre. La candidature a déjà été analysée par le pouvoir adjudicateur et ce dernier n'a pas tenu compte de l'annexe *a posteriori*. En effet, le tableau retraçant la comparaison des offres ne fait pas état de références pour ce candidat.

Concernant les prix, aucun candidat n'a présenté d'offre au-dessus des seuils des procédures formalisées.

La chambre s'interroge par ailleurs sur le fait qu'une analyse ait été pratiquée sur les prix TTC et sur le fait que le pouvoir adjudicateur n'ait pas comparé véritablement les prestations offertes en fonction des prix de la tranche ferme et de l'option.

L'établissement se borne en effet à répercuter les prix dans un tableau, sans procéder à une analyse véritable en fonction des autres paramètres. Il n'y a pas d'estimation financière des besoins et aucune comparaison chiffrée des offres les unes par rapport aux autres ne figure dans aucun document.

Enfin, le rapport de présentation de la personne responsable du marché n'est ni daté ni signé, à l'instar du rapport d'agrément des candidatures.

L'analyse des offres par la chambre

La chambre a procédé à l'analyse des offres en fonction des éléments tenus à sa disposition, figurant dans le RC, tout en tenant pour acquis l'agrément des candidatures. La synthèse est présentée en annexe 1.

S'il est certain que l'offre de C… est la plus élevée en termes de prix, c'est l'offre de la société C… G… qui apparaît être la plus économiquement avantageuse et répondre le mieux aux attentes du pouvoir adjudicateur.

Le prix de l'offre de C… G…, bien que supérieur au moins-disant, demeure dans une fourchette satisfaisante, et en-dessous de la moyenne, que ce soit pour la tranche ferme seule, ou la tranche ferme plus la tranche conditionnelle.

Selon le CHRU, l'offre de la société SLS CONSULTANTS est conforme au cahier des charges, affirmation qui n'est cependant pas en corrélation avec le tableau d'analyse.

De fait, il apparaît que l'attribution à SLS CONSULTANTS a été imposée, ce que semble confirmer l'indication portée sous le nom de la société SLS CONSULTANTS, avec la signature du directeur de l'époque (voir annexe 2).

Ainsi, en date du 23 août 2005, une personne de la cellule « achat informatique » du CHU, adressait un courriel à la société SLS, en ces termes :

« *Votre offre a été retenue dans le cadre de cette consultation, mais comme M. S... a dû vous le préciser lors de votre entretien téléphonique hier, l'option ne va pas être levée à la notification.*

Or, le montant à l'acte d'engagement ne fait pas la distinction entre le montant de la partie ferme et celui de l'option.

Je vous prie de bien vouloir nous retourner la page 3 de l'acte d'engagement ci-joint ainsi que le bordereau de prix en indiquant les deux montants ».

De tels écrits ne peuvent que renforcer l'idée selon laquelle l'analyse des offres n'a pas été la plus objective possible.

La nouvelle page 3 de l'acte d'engagement a été dûment faxée le 24 août 2005, puis envoyée par courrier au CHRU.

La lettre notifiant l'attribution a été reçue par la société SLS le 30 août 2005. Il y est inscrit, contrairement au courriel du 23 août 2005, que le CHRU se réserve la possibilité de lever ou non l'option ultérieurement.

A cet égard, l'article 1.1.c du CCAP, concernant la partie optionnelle, indique que « *l'option pourra être levée à partir de la notification du marché* », alors que l'article 3 du CCAP, relatif aux délais d'exécution, indique que « *les prestations devront être exécutées, à compter de la date de notification du*

marché, dans les (…) *4 mois maximum pour la partie optionnelle du marché si l'option est levée dès la notification* ».

Les conditions de la levée de l'option n'apparaissent ainsi pas clairement, tant sur les modalités que sur les délais.

Il ressort en outre que les courriers de rejet ont été reçus le 25 août 2005, soit après que le titulaire ait été informé du choix de l'établissement par téléphone (le 22 août 2005).

La société C… a, par fax en date du 25 août 2005, demandé des compléments d'explications quant au rejet de son offre.

Le CHRU a répondu par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 26 août 2005, reçu le 1er septembre 2005, en expliquant que, d'une part, les références présentées dans le domaine hospitalier étaient insuffisantes et, d'autre part, que le prix total de la mission était le plus élevé par rapport à l'offre retenue. L'offre est donc rejetée pour des éléments de candidature et d'offres.

S'il est commun de considérer qu'en procédure adaptée les délais peuvent également l'être, il convient néanmoins de rappeler que l'article 76 du CMP 2004 fait obligation à l'acheteur de laisser un délai d'au moins dix jours entre la date de notification aux candidats que l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché.

Le marché est sensé avoir été signé, au vu de l'acte d'engagement, le 29 août 2005. Une copie du courrier de notification signé, daté du 29 août 2005, est présente dans le dossier, sans qu'aucune preuve d'envoi ne soit cependant annexée.

Le marché a été notifié en mains propres le 6 septembre 2005 (attestation). Le délai des 10 jours est donc respecté sur la forme.

Il convient par ailleurs de relever que la page 3 de l'acte d'engagement et le bordereau de prix n'ont pas été modifiés. Sur l'exemplaire de l'administration, l'AE présente encore un seul montant pour la partie ferme et l'option. La nouvelle page 3 et le BP sont en fait de simples feuilles volantes.

Au regard de l'offre du candidat, il n'est vraiment pas aisé de déterminer quelle va être la durée du marché. En effet, pour la tranche ferme, il est indiqué 2 ou 3 mois. Sachant que le marché a débuté le 6 septembre 2005, il est donc sensé se terminer ou le 5 novembre 2005 ou le 5 décembre 2005. La chambre estime néanmoins que la durée du marché est de trois mois, malgré les 42 jours d'intervention.

Modalités d'exécution du marché

Un premier avenant a été passé le 21 octobre 2005, avec pour objet la modification de l'article 11 du CCAP relatif aux acomptes et paiements partiels définitifs.

La justification avancée dans le rapport de présentation de l'avenant est :

« *Compte-tenu du nombre de déplacements important du titulaire sur le site du CHU et de la durée du marché, il a été convenu d'échelonner les paiements et la facturation de la façon suivante :*

- *un acompte de 18 358 € un mois après la notification du marché ;*
- *un acompte de 18 358 € deux mois après la notification du marché*
- *le solde restant, c'est-à-dire 29 230,24 € TTC à la fin de la prestation.* »

La chambre note une erreur dans le montant. Le marché a en effet été notifié à hauteur de 55 440 € HT soit 66 306,24 € TTC. Or, la somme des versements prévus, soit 18 358 + 18 358 + 29 230,24, donne 65 946,24 € TTC, et non 66 306,24 € TTC. De plus, l'avenant en question n'est pas

daté, mais uniquement signé. Une attestation indique que la notification est en fait datée du 21 octobre 2005.

Une correspondance de la société SLS, sous forme de télécopie non envoyée mais signée et datée du 17 novembre 2005, fait état de plusieurs points.

Une réunion a eu lieu le 16 novembre 2005 entre le dirigeant de la société SLS et des représentants du service informatique. Cette réunion avait pour objet le changement d'intervenant, ce que le titulaire a accepté après avoir entendu les arguments de la personne publique.

Lors de cette réunion, il a été convenu que le titulaire enverrait les *curriculum vitae* des prochains intervenants aux représentants de la personne publique, pour une intervention la semaine suivante.

Le titulaire précise en outre que le décalage de la mission est réalisé sans budget supplémentaire et sans application de pénalités. Une copie du courrier afférent a été envoyée au directeur de l'établissement.

Une télécopie en date du 23 novembre 2005, adressée par le titulaire à la personne publique, transmet les CV des deux nouveaux consultants. Le titulaire indique qu'il assurera lui-même la transition entre l'ancien intervenant et les nouveaux. Cette télécopie est également transmise en copie au directeur du CHRU.

Un autre avenant, non daté mais signé, a été notifié au titulaire le 24 janvier 2006. Le rapport de présentation, une fois de plus non daté mais signé par la personne publique, indique :

« *Suite à un problème d'intervenant sur site, il a été décidé de modifier l'équipe de consultants* ».

Le présent avenant a donc pour objet de prendre en compte les modifications suivantes :

- « *dans le document du titulaire intitulé « Etudes de performances du système d'information hospitalier du CHU de Montpellier », le paragraphe III devient : « l'équipe de SLS, sera pilotée par M. L… S…, diplômé de Sciences Po Toulouse, d'un DESS Finances, de F. D..., consultant en informatique avancée et intelligence artificielle, de A. V…, auditeur informatique pour le secteur hospitalier et de H. PARIS, diplômé d'un DESS de Management de l'information (UTC) et d'un DEA d'épidémiologie génétique » ;*

- *aussi de nouvelles interventions seront prévues pour la mission d'étude d'optimisation des systèmes d'information les 15, 16, 19, 20 et 21 décembre et les 3, 4, 5, 11 et 12 janvier 2006. Un pré-rapport sera rendu le 24/01/2006, suivi du rapport final qui sera remis le 15 février 2006 au plus tard.* ».

L'avenant reprend en partie les termes de ce rapport de présentation.

Néanmoins, le marché initial est sensé avoir été conclu pour au plus trois mois à compter du 6 septembre 2005, et il s'est donc éteint le 5 décembre 2005.

Cet avenant a donc été passé alors que le marché était achevé juridiquement. La personne publique peut objecter que le marché était *de facto* prolongé par le fait que les dates de remise des prestations étaient indiquées dans l'avenant. Néanmoins, prolonger un marché ne peut se faire autrement que par une décision expresse et explicite.

La personne publique a, dans l'article 2 relatif aux documents contractuels du CCAP, fait référence explicite au CCAG FCS 77. Or, aux termes de l'article 10.2 et 10.3 dudit CCAG FCS, il ressort :

« *10.2. Prolongation du délai d'exécution :*

Une prolongation du délai d'exécution peut être accordée par la personne responsable du marché au titulaire lorsqu'une cause n'engageant pas la responsabilité de ce dernier fait obstacle à

l'exécution du marché dans le délai contractuel. Il en est notamment ainsi, si la cause qui met le titulaire dans l'impossibilité de respecter le délai contractuel est le fait de la personne publique ou provient d'un événement ayant le caractère de force majeure. Le délai ainsi prolongé a, pour l'application du marché, les mêmes effets que le délai contractuel.

10.3. Formalités à accomplir par le titulaire pour obtenir une prolongation du délai d'exécution :

Pour pouvoir bénéficier des dispositions du 2 du présent article, le titulaire doit signaler, par lettre recommandée adressée à la personne responsable du marché ou à une autre personne désignée à cet effet dans le marché, les causes faisant obstacle à l'exécution du marché dans le délai contractuel qui, selon lui, échappent à sa responsabilité. Il dispose à cet effet d'un délai de dix jours à compter de la date à laquelle ces causes sont apparues.

Il formule en même temps une demande de prolongation du délai d'exécution. Il indique la durée de la prolongation demandée dès que le retard peut être déterminé avec précision.

La personne responsable du marché notifie par écrit au titulaire sa décision.

Aucune demande de prolongation du délai d'exécution ne peut être présentée pour des événements survenus après l'expiration du délai contractuel, éventuellement déjà prolongé. ».

En l'espèce, aucune trace d'une quelconque demande de prolongation de la part du titulaire n'apparaît dans le dossier, demande qui devrait par ailleurs être motivée par des raisons extérieures à lui-même.

En outre, un courriel en date du 3 mars 2006 de la direction des finances interroge le service gestionnaire quant à l'application de pénalités, en ces termes : « *Nous devons liquider la facture de la société SLS correspondant au solde de la mission d'étude de performance du système d'information d'un montant de 29 230,24 € ».* L'avenant n° 2 précise que *« le rapport final sera remis le 15 février 2006 au plus tard*.

Monsieur D. a indiqué que le rapport définitif avait été remis le 21 février 2006. L'article 14 du CCAP prévoit qu'en cas de dépassement du délai contractuel d'exécution, par le fait du titulaire, celui-ci encourt, sans mise en demeure préalable, des pénalités selon une formule donnée. Je vous remercie de bien vouloir m'indiquer si cette pénalité doit être appliquée et, dans l'affirmative, son montant ».

En date du 6 mars 2006, Madame M…, du CHRU, apporte les précisions suivantes : « *le retard est du fait du CHU (difficulté à trouver une date de restitution). Donc pas de pénalités* ».

Le 31 mars 2006, la personne publique a décidé de lever l'option, dont il convient de rappeler le caractère flou. Néanmoins, et attendu que le marché n'a pas été prolongé (puisque achevé juridiquement depuis le 5 décembre 2005), et au regard des engagements pris par le titulaire de réaliser la mission optionnelle dans les 4 mois, il est surprenant de constater que :

- la partie ferme a duré *a priori* 6 mois au lieu de 2 ou 3 ;
- la partie optionnelle débute 6 mois après et ne devait durer qu'un mois au vu des documents contractualisés.

En conclusion, ce marché apparaît avoir été passé dans des conditions extrêmement critiquables, que ce soit sur le plan de la procédure, du formalisme des différents actes, des conditions du choix du titulaire, sans occulter le piètre résultat obtenu selon les analyses mêmes des membres du service informatique.

1.2.4.2. Marché numéro 060622 - « Conseil et défense juridique »

L'analyse de ce marché appelle les principales critiques suivantes :

- forme du marché très sommaire ;
- inadéquation entre la nature des prestations et les critères de choix ;
- incapacité pour l'établissement d'apporter des réponses sur les conditions dans lesquelles la procédure a été conduite, sur la passation d'éventuels avenants, sur la production d'un tableau comparatif des offres ;
- transparence des critères de choix et respect de l'équité (choix du titulaire) non assurés.

Modalités de passation du marché

Ce marché, dont l'objet est « conseil et défense juridiques », a été passé selon la procédure adaptée, sous la forme d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum et pour une durée de trois ans.

Sans revenir sur les possibilités offertes par le code des marchés publics pour passer des marchés ayant trait aux prestations de conseil juridique. La forme de ce marché est très sommaire. Il s'agit d'un « AE marché », qui comprend le cahier des charges et le BPU. L'ensemble constitue un document de 6 pages.

Il est malgré tout fait référence au CCAG PI 78, mais sans indication du choix de l'option A ou B (utilisation possible des résultats par la personne publique dans le cas A, utilisation impossible dans le cas B).

Les prix sont fermes pour la durée du marché. Ils ne sont qu'au nombre de deux : un pour l'activité « conseil » et un pour l'activité « prise en charge contentieuse ».

Il n'est notamment pas précisé dans le BPU de modalités de défraiement des frais de transport hors du ressort de la Cour d'Appel. Or, cette donnée financière, qui se retrouve fréquemment, doit être prise en considération.

L'inadéquation entre la nature des prestations et les critères de choix

Une des caractéristiques de ce marché demeure l'inadéquation entre la nature des prestations demandées et les critères de choix.

En effet, les prestations de conseil portent sur les domaines suivants :

- droit public :
  - droit administratif
  - droit de la fonction publique hospitalière
  - droit des marchés publics
  - droit de l'urbanisme
- droit privé :
  - droit civil
  - droit commercial
  - droit du travail
  - droit fiscal
- droit pénal : tous les domaines

En outre, il est prévu une prise en charge des contentieux par un avocat spécialisé dans le domaine du droit concerné.

Or, les critères de choix sont :

1. références dans le domaine des établissements publics de santé ;
2. références dans le domaine des collectivités territoriales ;
3. références dans le domaine des établissements publics ;
4. prix.

Dans ces conditions, il n'est pas aisé de comprendre de prime abord la hiérarchisation opérée. Le fait que le prestataire retenu ait une connaissance des établissements publics de santé et des établissements publics en général paraît être opérant, mais les références dans le domaine des collectivités territoriales s'avèrent moins pertinentes.

Nulle autre indication n'apparaît par ailleurs sur les critères qui sont imprécis et flous.

<u>Des questions complémentaires sans réponse véritable</u>

Interrogé sur ce marché, le directeur des achats et des marchés publics n'a pu apporter que les précisions suivantes :

« *Ce marché a été conclu avant la création de la direction des achats. A notre connaissance, il a été traité directement par un chargé de mission (qui ne fait plus partie des effectifs du CHU) auprès de l'ancien directeur général, sans passer par l'intermédiaire de la cellule des marchés. Il n'est pas certain que l'ancien directeur des Affaires Juridiques (aujourd'hui à la retraite) ait été consulté.*

Ceci explique que nous ne sommes pas en mesure de répondre à la plupart de vos questions sur ce marché. »

Aussi, la chambre n'a pu obtenir de réponses sur plusieurs points :

- sur la question de savoir pourquoi l'établissement hospitalier n'a pas prévu de clauses plus limitatives alors qu'il a été passé sous la forme d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum ;
- sur l'absence de mention de l'option idoine du CCAG PI 78 ;
- sur l'existence d'une inadéquation entre les prestations décrites et les références demandées au titre des critères de choix (supposés hiérarchisés) ;
- enfin sur la méthodologie utilisée par les services pour analyser les plis.

D'autres éléments viennent renforcer les lacunes constatées dans la passation de ce marché. C'est ainsi que le directeur des achats n'a pas été en mesure d'indiquer si des demandes d'informations complémentaires avaient été sollicitées par des candidats évincés, pas plus que sur la passation d'éventuels avenants. Le rapport d'analyse des offres apparaît quant à lui très succinct, dès lors qu'il tient sur une seule page, et le recours à ce marché passé sous forme adaptée en application de l'article 28 est justifié en raison de la mise en règle par rapport au nouveau code des marchés publics (le CHRU était auparavant lié avec FIDAL par convention depuis 2000).

Le CHRU a donc opté le 24 juin 2005 pour une consultation directe par courrier de 7 sociétés, la date limite de remise des offres étant fixée au 1er août 2005. Six plis ont été reçus. Un tableau comparatif aurait été fait, mais les services du CHRU n'ont pas été en mesure de le produire à la chambre.

1.2.4.3. Marchés numéros 90620 et 90621 - « Conseil juridique »

L'analyse de ces marchés appelle les principaux constats suivants :

- une publicité somme toute limitée alors que l'élargissement des supports publicitaires aurait pu permettre la remise d'un nombre plus élevé de réponses sur certains lots ;
- une modification de la prise en compte du critère prix sur les frais de déplacement, de nature à rompre l'égalité entre les candidats et révélant une insuffisance dans la définition du besoin et la préparation du marché ;
- une erreur sur les pourcentages respectifs des critères retenus ;
- une analyse atypique de la valeur technique ;
- un avenant modifiant la forme du groupement en dépit des termes du règlement de consultation, ayant pour conséquence de fausser la concurrence.

Modalités de passation du marché

Le marché de « conseil juridique » a été confié à deux entités. Il se décompose en quatre lots définis comme suit :

Lot 1 : prestations de conseil juridique et représentation en justice en « droit administratif », « droit de la fonction publique hospitalière et des personnels » (montant maximum de 70 000 € HT).

Lot 2 : prestations de conseil juridique et de représentation en justice en « droit de la commande publique et contrats » (montant maximum de 70 000 € HT).

Lot 3 : prestations de conseil juridique et de représentation en justice en « droit privé et droit de la propriété intellectuelle » (montant maximum de 10 000 € HT).

Lot 4 : prestations de conseil juridique et représentation en justice en « droit pénal général et droit pénal médical » (montant maximum de 40 000 € HT).

Le marché a été passé sous la forme adaptée en application des articles 30 et 77-1 du CMP.

Il s'exécute par l'émission de bons de commande et contient un maximum mais pas de minimum. Le montant indiqué est le montant maximum sur l'ensemble des 4 années. Les marchés sont passés pour deux ans, reconductibles deux fois par période annuelle.

Des supports de publication pouvant être qualifiés d'insuffisants

Une publicité a été réalisée une première fois le 4 novembre 2008, puis le 21 novembre 2008 au BOAMP après l'annulation de l'avis en raison d'un report des délais de remise des offres. Un seul support de publication a donc été choisi alors que le marché recouvre des prestations intellectuelles particulières.

Interrogé par la chambre sur le recours à d'autres moyens de consultation que le BOAMP pour un marché relatif à des prestations juridiques de natures diverses (droit administratif, civil, pénal etc.), le directeur des achats a fait savoir que la consultation a été publiée également sur la plateforme électronique achats-chu.com et qu'il n'y a pas eu de consultations directes en raison du montant de la consultation. L'information aurait également été transmise au Barreau de Montpellier, lequel aurait accepté de faire circuler l'information.

Indépendamment de ces précisions, la chambre considère qu'il aurait été opportun de publier une annonce dans un journal national spécialisé, surtout pour ce qui a trait au droit pénal, au droit médical, au droit privé et au droit de la propriété intellectuelle (lots 3 et 4). En effet, si les juristes et

avocats sont accoutumés aux procédures d'achat des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils sont spécialisés en droit public, il en est autrement des avocats privatistes.

Le registre des dépôts traduit l'existence d'une plus grande concurrence pour les lots de droit public, ce qui corrobore les propos précédents.

La répartition des offres est la suivante :

- lot 1 (droit administratif et de la fonction publique hospitalière) : 19 offres,
- lot 2 (droit de la commande publique) : 20 offres,
- lot 3 (droit privé et droit de la propriété intellectuelle) : 9 offres,
- lot 4 (droit pénal général et médical) : 9 offres.

S'agissant du lot 3, sur 9 offres, seules 2 concernent uniquement ce lot.
S'agissant du lot 4, sur 9 offres, une seule concerne uniquement ce lot.

7 offres concernent les 4 lots.
9 offres concernent les lots 1 et 2.
2 offres concernent le lot 1.
3 offres concernent le lot 2.

La date limite de réception des candidatures et des offres a été fixée au 19 décembre 2008, ce qui constitue un délai raisonnable.

46 sociétés ont retiré un DCE et 25 sociétés ont déposé leurs offres dans les délais requis.

Les critères

Les conditions d'agrément des candidatures étaient appréciées en fonction :

- des moyens humains et matériels ;
- du chiffre d'affaires des trois dernières années ;
- des références professionnelles.

Les candidatures ont été ouvertes et toutes agréées le 25 décembre 2008.

Les offres ont été jugées en fonction du prix (35 %) et de la valeur technique (65 %).

Le prix (35 %) est lui-même évalué en fonction de deux critères :

- prix à l'heure pour une intervention (assistance - conseil juridique et/ou représentation en justice) déplacement compris ou frais de déplacement en sus en cas de déplacement national (30 %) ;
- prix à l'heure pour la participation aux réunions (5 %).

La valeur technique (65 %) est quant à elle jugée en fonction de deux critères :

- 45 % : valeur technique de l'offre retracée par la note technique détaillant l'organisation des moyens humains et matériels que le candidat mettra à disposition de la personne publique. « *Cette note pourra comporter tous éléments d'information utiles permettant d'apprécier la qualité et la notoriété du candidat* » (extrait du RC). L'indication « notoriété » est pour le moins subjective.
- 25 % : valeur technique de l'offre analysée au travers de l'étude, pièce ou écriture produite, accompagnant la note technique détaillée, soit :
  - « *une étude rédigée par le candidat, anonymisée, sur la matière juridique objet du lot, en mentionnant le volume horaire passé à sa réalisation* » ;

• « *un exemple de pièce ou d'écriture produite dans le cadre d'une représentation en justice, anonymisée, sur la matière juridique objet du lot, en mentionnant le volume horaire passé à sa réalisation* ».

Concernant la valeur technique de l'offre, il convient de relever une erreur de calcul, la somme de (45 + 25) faisant 70 et non 65. Cette erreur ne porte toutefois pas à conséquence tant que tous les candidats sont notés de la même manière, à savoir sur 105.

L'établissement indique précisément les critères de choix, ainsi que les sous-critères. Il précise également la formule de calcul du prix (prix le plus bas/prix proposé par le candidat).

S'agissant des sous-critères qualitatifs, l'échelle de notation (de 1 à 5) est également rappelée.

Le caractère exhaustif et complet des indications préalables apportées doit être relevé. Néanmoins, certains points appellent un commentaire particulier.

Les pièces

Le CCAP est très complet sur les obligations réciproques des parties, notamment pour ce qui concerne la description des prestations. Face à chaque description de prestations sont indiqués précisément les documents et/ou informations que la personne publique devra communiquer afin que le prestataire puisse répondre à la demande. En complément sont mentionnés les éléments que doit rendre le titulaire.

Est également mentionnée l'option du CCAG PI 78 applicable.

Les BPU sont inclus dans l'AE. Identiques pour chaque lot, les BPU reprennent les deux parties composant le prix :

- prix horaires HT et TTC pour la rubrique « *assistance, conseil juridique et représentation en justice, déplacement compris ou frais de déplacement en sus en cas de déplacement national* » ;
- prix horaires HT et TTC pour le volet « *participation à une réunion* ».

L'analyse des offres

S'agissant du prix, l'établissement hospitalier a modifié les conditions d'examen des offres telles qu'initialement prévues (division, pour chaque prestation, du prix le plus bas proposé par le prix indiqué par le candidat, le tout étant multiplié par le coefficient de pondération).

En effet, le pouvoir adjudicateur indique, dans le « rapport d'analyse et de classement des offres » : « *Pour le critère prix, il est apparu nécessaire, pour pouvoir comparer les offres entre elles, de ne prendre en compte que le prix à l'heure de l'intervention et de la réunion (sous-critères 1 et 2) sans les frais de déplacement, compte tenu du fait que les propositions sur les frais de déplacement demandés dans le bordereau de prix sont trop diverses voire ne sont pas chiffrées et donc ne permettent pas l'application de la formule arithmétique fixée dans le règlement de la consultation* ».

Cette décision est justifiée en ces termes : « *Tous les candidats ont répondu à notre demande mais de façon diverse. Nous avons constaté que les candidats montpelliérains ont appliqué des frais de déplacement à 0 euro et que les candidats qui n'exercent pas à Montpellier ont appliqué des frais de déplacement de montants divers* ».

Si cette explication apparaît peu discutable du fait que les frais de déplacements varient en fonction de la localisation géographique des candidats, ce point évident aurait cependant dû être anticipé lors de la préparation du marché par la personne publique.

Par ailleurs, le BPU n'a pas été rempli en totalité par tous les candidats.

Il s'agit là encore de la question des frais de déplacement. Or, à la lettre du texte, un BPU non rempli en totalité, raturé ou corrigé n'est pas conforme. Aussi, s'agissant du lot 2 (commande publique) attribué à la SCP C…, force est de constater que la case frais de déplacement du BPU est vide, et non pas égale à 0.

Dans ce domaine, la chambre rappelle que l'ensemble des prix demandés doit être indiqué dans un BPU, afin que les offres soient déclarées conformes.

Qu'un prix ne soit pas renseigné n'équivaut pas obligatoirement dans les faits à ce que l'offre soit non-conforme. Il est courant de considérer qu'un prix non rempli équivaut à une valeur nulle, ce qui permet de ne pas éliminer des offres pour des questions purement formelles. Cette approche n'est valable que si peu de prix sont non remplis et que plusieurs offres présentent cette caractéristique.

Si l'ensemble ou une grande majorité des candidats n'ont pas renseigné ce prix, il convient alors de s'interroger sur la correcte formulation des besoins dans les documents de la consultation.

Il est possible que le pouvoir adjudicateur, en n'incluant pas ce prix du déplacement supplémentaire dans l'analyse globale du prix, ait souhaité rétablir l'égalité. Cependant, en optant pour cette solution, une discrimination a été recréée entre, d'une part, les candidats qui ont fait l'effort de remplir ce prix et ceux qui ne l'ont pas fait et, d'autre part, entre ceux qui ont individualisé le prix du déplacement et ceux qui l'ont inclus dans les honoraires.

Au cas d'espèce, il eut été opportun de demander la remise par les candidats d'un Détail Quantitatif Estimatif (DQE) portant sur un cas. Ils auraient ainsi eux-mêmes été en mesure d'indiquer le temps nécessaire au traitement de ce cas, et donc de déterminer un prix. L'analyse aurait donc été plus fine.

Une analyse atypique de la valeur technique

L'analyse de la valeur technique a été dans un premier temps jugée au regard de la note technique détaillant « *l'organisation des moyens humains et matériels que le candidat mettra à disposition de la personne publique, en particulier les noms, CV, diplômes statuts, spécialités des avocats intervenant au titre des différentes missions ou chargés des dossiers et précisant les effets du départ du ou des avocats mentionnés dans l'offre ainsi que les modalités de remplacement des avocats dans les audiences. Cette note pourra comporter tous éléments d'information utiles permettant d'apprécier la qualité et la* ***notoriété*** *du candidat* ».

La référence à la notoriété étant quelque peu surprenante, d'autant qu'elle entre à hauteur de 45 % dans la détermination de la valeur technique et qu'il est également fait mention de la notion de qualité, le directeur des achats et des marchés publics a précisé que cette notion avait pour objet de s'assurer de retenir des candidats reconnus comme faisant autorité dans leur domaine.

Si les diplômes, statuts et spécialités des avocats peuvent être considérés comme des éléments objectifs, il n'en est pas de même de la « notoriété » qui ne saurait constituer *a priori* un critère de choix « justifié par le marché ».

Cette notion, empreinte d'une grande subjectivité, ne semble par ailleurs pas être un critère de choix idoine, ne serait-ce que parce qu'elle pourrait conduire à écarter de jeunes entreprises qui, logiquement, ne sont pas en mesure de disposer d'une véritable « notoriété ».

Enfin, l'adjonction des termes de « qualité » et de « notoriété » n'est pas de nature à conférer un caractère objectif au jugement de ce critère.

Sous réserve de ces considérations, l'analyse de l'adéquation des moyens mis en œuvre par le candidat pour pourvoir les besoins de la personne publique est réalisée de manière complète. Il

convient toutefois de noter que les candidats ayant postulé pour plusieurs lots ont réalisé le même mémoire technique pour tous les lots. Subséquemment, la personne publique a donné la même note pour tous les lots pour lesquels le candidat a soumissionné.

Concernant la valeur technique de l'offre analysée au travers de l'étude, pièce ou écriture produite accompagnant la note technique, il apparaît difficile de comparer entre eux les documents variés (note juridique, requête, mémoire introductif, référé…) fournis par les candidats.

Selon les précisions apportées par le directeur des achats et des marchés publics, « *Il s'agissait d'apprécier, sur la base de pièces juridiques proposées de nature variée, les éléments suivants : volume horaire appliqué au traitement de la problématique juridique, faculté de synthèse, clarté dans la rédaction des dossiers, connaissance de la matière traitée, cohérence de la solution juridique proposée ».*

Pour autant que cette approche puisse apparaître comme intéressante, il n'en demeure pas moins qu'il aurait été préférable d'imposer un ou deux sujets ou productions en adéquation avec le lot concerné et un nombre de pages maximum, s'agissant de candidats juristes professionnels. Il est dans tous les cas pertinent de s'interroger sur la méthode retenue par l'établissement pour comparer ces travaux entre eux, les candidats ayant la liberté de produire un exemple de leur choix.

Ainsi, il apparaît pour le moins délicat de comparer objectivement des éléments de nature aussi différente qui ceux retenus :

Pour le lot 1 :
- une note juridique en droit de la fonction publique hospitalière ;
- une requête devant le TA ;
- un mémoire introductif d'instance ;
- une note en droit administratif ;
- une convention d'occupation du domaine public ;
- un mémoire en réplique ;
- une requête introductive devant la CAA ;
- un mémoire contentieux ;
- un projet de courrier (étude) ;
- requête référé.

Pour le lot 2 :
- un mémoire contentieux ;
- un mémoire en référé précontractuel ;
- un mémoire en défense ;
- une note en délibéré ;
- courrier d'analyse d'un dossier ;
- une étude ;
- un projet de COTDP ;
- un référé précontractuel.

Pour le lot 3 :
- analyse juridique en PI ;
- notes juridiques en PI et en droit privé ;
- assignation et plainte avec constitution de partie civile en PI ;
- conclusions devant le TGI ;
- mémoire en réplique.

Pour le lot 4 :

- courrier au juge d'instruction ;
- notes ;
- citations directes avec constitution de partie civile ;
- conclusions en défense ;
- conclusions devant le TC ;
- requête ;
- plainte avec constitution de partie civile ;
- mémoire devant la chambre de l'instruction.

En complément, l'établissement a demandé que le candidat précise le volume horaire nécessaire pour réaliser la production présentée.

Interrogé sur la façon dont l'établissement a porté une appréciation sur les réponses des candidats, le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que « *La personne publique a simplement précisé dans son analyse des offres le fait que le volume horaire était renseigné ou pas par le candidat* ».

Si la personne publique s'est limitée à indiquer pour les lots 1, 3 et 4 que le volume horaire était renseigné ou pas, il en est autrement pour le lot 2 dans la mesure où la personne publique précise dans son rapport d'analyse des offres si le volume horaire est « sensiblement long », « adapté » ou « un peu long ».

Cette démarche apparaît là encore quelque peu empirique, la chambre s'interrogeant à nouveau sur les modalités de comparaison du temps requis pour l'étude d'un mémoire en défense en CAA, d'un référé ou d'un courrier.

Néanmoins, le CHRU a su trouver les moyens de comparaison et a donc procédé à l'analyse des offres le 26 avril 2006, toutefois sans que les justifications des différences de notation n'apparaissent évidentes à la chambre.

Les analyses sur les offres reçues apparaissent en effet parfois quelque peu déroutantes. Une note a été cependant attribuée, assise notamment sur les commentaires (tableaux en annexe 3).

Les exemples suivant ont ainsi été relevés.

Sur le lot 1, droit administratif et de la fonction publique hospitalière :

- l'établissement juge le niveau de connaissance des avocats, en retenant des commentaires tels que : « *Connaissances en droit administratif et droit de la FPH* », « *Niveau satisfaisant en droit administratif* » ;

- s'agissant des productions du cabinet P…T…, classé 4ème : « *Note sur le droit administratif et le droit de la FPH : moyennement satisfaisant sur le fond* » ;

- s'agissant des productions du cabinet F…, classé 6ème : « *Rédaction convenable, niveau satisfaisant en droit administratif* » ;

- s'agissant des productions du cabinet D…, non classé mais attributaire de l'ancien marché de conseil juridiques : « *Réponse cohérente moyennement claire à la question de droit posée* ».

Sur le lot 2, droit de la commande publique :

- l'établissement apporte des commentaires tels que « *connaissance de la matière* », « *volume horaire renseigné un peu long* ».

Sur le lot 3, droit privé et droit de la propriété intellectuelle :

- l'établissement indique qu'il s'agit d'un « t*ravail satisfaisant* », « *bonnes connaissances juridiques* » ;

- s'agissant des productions du cabinet L…, classé 4ème, l'établissement indique : « *présentation formelle acceptable, travail un peu trop long et confus. Bonnes connaissances juridiques* ».

Sur le lot 4, droit pénal et médical :

- le CHRU indique « *bonnes connaissances en droit pénal* » (SCP L… C… & V…, classé 1er), « *acceptable sur la forme, bien sur le fond* » (L…, classé 3ème), « *travail acceptable sur la forme et le fond* » (M…, classé 4ème).

Cette méthode de jugement des offres apparaît pour le moins particulière et atypique.

Il est en effet peu fréquent que des personnes publiques, qui passent des marchés de prestations juridiques au motif que les compétences internes ne sont pas réunies pour pourvoir ces besoins, jugent de la compétence professionnelles des prestataires, sur des documents non comparables.

La chambre a pris l'attache du directeur des achats et des marchés publics afin d'essayer de déterminer le profil des personnes ayant procédé à l'évaluation des offres. Le directeur a indiqué que l'analyse a été réalisée par 3 agents : un attaché d'administration hospitalière de la direction des affaires juridiques et du droit des patients, chargé de la gestion des contentieux et juriste de formation, le responsable de la cellule des marchés depuis 2004, suivant plus particulièrement les contentieux relevant du droit de la commande publique, juriste de formation, et un ancien directeur de la direction des affaires juridiques et du droit des patients.

Il apparaît en outre que cette analyse, avec la proposition de classement, a été validée par une commission interne mise en place spécifiquement par la direction générale pour traiter de cette consultation, et composée, en sus des agents précités, du directeur général adjoint, du directeur des directions prestataires de service et du directeur des achats.

A la demande de production des curriculum vitae de ces agents, restée sans suite dans le cadre de l'instruction, le directeur des achats et des marchés publics a uniquement apporté une précision sur le dernier diplôme obtenu, pour seulement deux personnes.

Modalités d'exécution du marché

Un avenant a été passé sur le marché 090621, comprenant les lots 1, 2 et 4, et attribué au groupement SCP L… C… & SCP V…

Cet avenant, notifié le 18 mai 2009, a eu pour objet de :

- préciser que le groupement titulaire du marché est un groupement conjoint et non un groupement solidaire qui était la forme demandée dans l'AAPC et le RC ;

- corriger pour les lots 3 et 4 une erreur sur le montant des honoraires hors taxes relatifs à la participation à une réunion, proposé dans l'acte d'engagement par la SCP L…C…, F…, T…. Ainsi le montant des honoraires ressort à 140 € HT et non à 150 € TTC, le montant des honoraires TTC étant correct.

Le règlement de la consultation, dans son article 3-3, précise explicitement que : « *à l'attribution du marché, la forme de groupement imposée par la personne publique est celle du groupement solidaire* ».

Au vu des pièces, et notamment du DC4, le candidat s'est présenté sous la forme d'un groupement conjoint. L'acte d'engagement précise quant à lui expressément que le groupement est de forme conjointe et que le mandataire est la SCP L… C…

Le choix du groupement solidaire est avantageux pour la personne publique car chacun des membres du groupement est solidaire de l'ensemble des prestations. Néanmoins, un groupement solidaire n'empêche pas qu'il y ait un mandataire qui reçoit l'ensemble des paiements.

L'avenant ne fait pas état qu'il y ait un changement de mandataire. Or, dans le dossier du marché se trouve un certificat administratif indiquant que « *seul le RIB de la SCP V…* (…) *doit être pris en compte pour le paiement des factures relatives au marché n° 090621 conformément à la lettre de candidature et au pouvoir ci-joints signés le 16/12/2008. Un avenant n° 1 précise que ce groupement a la forme d'un groupement conjoint* ». Le fait que la totalité du montant des prestations soit versée à la SCP V… n'est pas de nature à surprendre puisque la SCP L… C… ne postulait que sur le lot 2 (attribué à la SCP C…). Les trois autres lots ont en effet été attribués à la SCP V…

Il convient de noter que le changement de forme du groupement se fait en général lors de la notification du marché, qui est intervenue le 6 mars 2009. Aussi, en l'espèce, force est de constater que l'avenant a été passé en vue de changer la forme du groupement imposé dans les pièces du marché, c'est-à-dire le groupement solidaire, alors même que la transformation ne paraît pas avoir eu lieu dans l'acte d'engagement.

Quoi qu'il en soit, une personne publique peut toujours accepter de changer la forme d'un groupement momentané d'entreprises par avenant.

Cependant, le fait d'imposer le groupement solidaire aurait pu être de nature à entraîner certaines réticences de la part de candidats souhaitant postuler. Aussi, le fait de changer cette forme de groupement a posteriori pourrait conduire à considérer que la concurrence a été faussée.

Aucun autre avenant ultérieur n'est par ailleurs intervenu sur ce marché.

Les lettres de rejet ont été envoyées en recommandé avec avis de réception le 9 février 2009. Le délai de *standstill* a donc été respecté et les voies de recours indiquées.

10 candidats ont demandé des compléments d'information sur la motivation du rejet de leur offre et l'établissement leur a répondu par écrit dans les délais requis. Aucun candidat n'a soulevé de motifs à caractère précontentieux.

La chambre s'est également rapprochée du directeur des achats et des marchés publics pour des renseignements relatifs à l'exécution du marché, s'agissant plus particulièrement des conditions d'exécution en matière de frais de déplacement. Ce dernier a fait savoir qu'aucun des candidats retenus n'avait fixé de frais de déplacement dans son offre financière et qu'en conséquence il n'y avait pas lieu d'appliquer ces frais.

Dans ces conditions, aucun paiement supplémentaire ne devait intervenir, hors BPU.

1.2.5. Marchés de services

1.2.5.1. Marché numéro 071201 - Mise à disposition de personnels soignants et médico-techniques intérimaires

L'analyse de ce marché appelle les principaux constats suivants :

- les pièces du marché ne font pas référence aux articles 28 et 32 du CCAG FCS qui offrent des garanties à la personne publique en cas de litige ;
- un délai de publicité limité à seulement 10 jours ;

- une utilisation de critères hiérarchisés de façon non motivée ;
- le nouveau marché a été passé sans attendre la date de fin du marché initial ou l'atteinte du maximum prévu.

Modalités de passation du marché

Ce marché a été passé selon la procédure adaptée de l'article 28, en application de l'article 30 du code des marchés publics alors en vigueur.

Il s'agit d'un marché à bons de commandes conclu pour une période allant de la date de notification, le 30 juillet 2007, jusqu'au 31 décembre 2007. Ce marché est reconductible ensuite pour un an par décision expresse.

Ce marché à bons de commande a été passé en application de l'article 77 du code alors en vigueur, pour un unique montant maximum de 160 000 € HT (durée initiale + reconduction).

Sa forme est pour le moins allégée puisqu'elle se limite à un acte d'engagement valant CCAP, avec un BPU annexé, et les pièces contractuelles ne sont même pas visées. Deux références sont faites aux articles 28 à 32 du CCAG FCS, mais sans qu'il ne soit visé expressément. La personne publique se prive ainsi de moyens de résolution des litiges d'exécution importants en ne visant pas ce texte *in extenso*.

Une publicité limitée à 10 jours francs

Une publicité a été émise au BOAMP en date du 16 juillet 2006, avec une date limite de remise des offres au 26 juillet 2006. Cette publicité est complète.

Bien que la publicité au BOAMP ne soit pas critiquable, la chambre considère que des publications sur d'autres supports ou sur le site internet de l'établissement auraient été de nature à permettre une plus large diffusion auprès d'entreprises spécialisées en personnel intérimaire.

Interrogé sur ce point, le Directeur des achats et des marchés publics a justifié le choix opéré par le coût élevé de la publicité sur de multiples supports.

Indépendamment de ce constat, une publicité de 10 jours francs pour un marché d'un montant maximum de 160 000 € HT pourrait être considérée comme insuffisante en termes de délais.

En effet, dans une décision du 7 octobre 2005 (n° 278732, Région Nord-Pas-de-Calais), le Conseil d'État a considéré que « *si la personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure dite adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle* ». Les conséquences de cet arrêt ont été reprise à l'article 40 du code des marchés publics 2006.

En l'espèce, l'établissement a justifié ce délai de 10 jours par le fait qu'il s'est trouvé dans une situation critique en raison du manque d'infirmières, et donc dans l'obligation de resserrer les délais au maximum.

A cet égard, il convient de relever qu'aucun marché relatif au recrutement de personnels intérimaires n'avait été mis en place au sein du CHRU préalablement à ce marché n° 071201.

Cinq sociétés ont retiré le DCE. Trois plis ont été reçus dans les délais et un pli l'a été hors délai.

L'ouverture de la première enveloppe a eu lieu en « commission technique d'ouverture des plis » en date du 26 juillet 2007. Les trois plis ont été dûment agréés après analyse.

Un recours à la hiérarchisation des critères non justifié

Le jugement des offres a été effectué conformément aux critères énoncés. Ces critères étaient ainsi hiérarchisés:

1. tarifs horaires ;
2. délais de mise à disposition des personnels sollicités ;
3. capacité à répondre aux différentes qualifications ;
4. nombre maximum de personnels IDE susceptibles d'être mis à disposition simultanément.

La chambre rappelle que l'article 53 du CMP 2006 en vigueur à la date de passation disposait que :

« *I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :*

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

II. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. ».

Par ailleurs, le manuel d'application du code des marchés publics 2006 précise très clairement que :

« *L'attention de l'acheteur public est appelée sur l'obligation et l'intérêt de la pondération des critères, telle que publiée en amont dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. C'est seulement lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, qu'il indique les critères par ordre décroissant d'importance.*

Contrairement à la hiérarchisation où les différents critères sont analysés indépendamment les uns des autres, la pondération permet une meilleure prise en compte de l'ensemble des critères choisis, mis en balance, les uns avec les autres. Chacun des critères étant affecté d'un coefficient de pondération chiffré, l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux disante ».

Les critères choisis doivent être la traduction du besoin de l'acheteur. Par ailleurs, la pondération des critères garantit une meilleure transparence dans l'analyse des offres afin que chaque entreprise puisse connaître avec précision l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de son offre. ».

Enfin, la jurisprudence administrative a rappelé, à de nombreuses reprises, que la pondération demeure la règle et la hiérarchisation l'exception, cette dernière devant être dûment motivée.

Agrément et analyse des offres

Le pli de l'entreprise Q… M… S… a été déclaré irrégulier au motif que l'acte d'engagement n'était pas signé dans le cadre réservé à cet effet, mais dans le cadre réservé à la notification du marché. Cette décision peut paraître pour le moins sévère eu égard au type de procédure utilisée (articles 30 et 28 du CMP).

L'analyse des offres, tout en étant sommaire, est claire et fondée sur des éléments objectifs (prix, délais de mise à disposition, qualifications, personnels pouvant être mis à disposition simultanément).

Un point prête cependant à interrogation, à savoir l'analyse des délais de mise à disposition des personnels.

La chambre a demandé sur quel document la personne publique s'était basée pour juger les délais de mise à disposition des personnels et si le candidat devait rendre un mémoire technique. En réponse, l'établissement a indiqué que les documents de l'offre devaient préciser les éléments permettant de procéder à la notation des critères et qu'il n'y avait pas de mémoire technique en tant que tel dans ce genre de marché, les informations étant relativement simples à fournir.

Il convient de rappeler à cet égard que pour qu'une société se conforme aux contraintes mentionnées au cahier des charges, il est nécessaire que les dites contraintes y figurent. Or, la personne publique n'avait précisé aucun délai minimum dans le cahier des charges.

Sous réserve de ces observations, le marché a été attribué à la société A… M…

Les éventuels courriers de rejet n'ont pas pu être produits à la chambre. En outre, l'acte d'engagement valant CCAP, signé par le titulaire, fait état d'une réserve qui aurait dû ressortir lors de l'analyse des offres.

En effet, l'article 32 du CCAG FCS met en place une régie aux frais et risques du titulaire en cas de non-exécution. Sur ce point, le titulaire mentionne une réserve en ces termes : « obligation de moyens ».

Si la personne publique avait été stricte dans l'application des conditions de régularité de l'offre, à l'instar de l'irrégularité invoquée pour une signature figurant dans le mauvais cadre, il aurait été logique de déclarer cette offre également irrégulière car le CCAP est à accepter comme tel et ne saurait être négocié.

Le BPU est pour sa part dûment rempli mais la mention de la personne publique indiquant que « *le prestataire devra également préciser le montant des prestations annexes susceptibles d'être facturées (par exemple, des frais de déplacement…)* » apparaît pour le moins étonnante. De manière générale, un BPU est exhaustif et ne saurait être raturé, corrigé ou modifié.

Enfin, alors qu'un marché était en cours d'exécution (numéro 71201) et que le montant maximum n'avait pas encore été atteint, la personne publique a notifié un nouveau marché, numéro 80261 (cf. développements qui suivent), portant sur les mêmes prestations.

Interrogé sur l'exécution concomitante pendant 9 mois de deux marchés relatifs aux mêmes prestations, le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que l'établissement a envoyé le 5 mars 2008 une simple lettre de « résiliation » du marché au titulaire l'informant du motif de la résiliation, à savoir que le montant maximum était atteint.

Cette explication n'est pas recevable dès lors que le dernier mandat émis sur le premier marché était daté du 17 mars 2008 et que le cumul des mandats ne dépassait pas *in fine* le plafond prévu.

1.2.5.2. Marché numéro 080261 - Mise à disposition de personnels soignants et médico-techniques intérimaires

L'analyse de ce marché appelle les constats suivants :

- une évaluation sur un critère impossible en l'absence de toute demande d'informations utiles dans les documents de la consultation ;
- une sous-évaluation manifeste du montant prévisionnel du marché par les services du CHRU.

Modalités de passation du marché

Ce marché a le même objet que le précédent mais il est de type « à bons de commande » avec minimum mais sans maximum.

Par rapport au précédent marché, la personne publique a ajouté un Règlement de la Consultation (RC) décrivant de manière plus précise ses attentes.

S'il est certain que le RC ne saurait être considéré comme un document contractuel, force est de reconnaître qu'il a le mérite de poser les préalables nécessaires à une réponse idoine des candidats.

Aussi, sont précisés les types de personnels susceptibles d'être appelés ainsi que l'engagement du candidat sur « *la mise à disposition rapide des personnels sollicités en :*

- *respectant la qualification requise et les secteurs d'activités mentionnés lors de la commande ;*
- *nombre suffisant pour des activités de jours sur la base de 7h30 y compris les dimanches et jours fériés* ».

En outre, le RC précise les documents à produire permettant de juger la candidature et les offres.

Les critères de jugement des offres sont les suivants :

1. tarifs horaires (40 %) ;
2. délais de mise à disposition des personnels intérimaires (25 %) ;
3. capacité à répondre aux différentes qualifications (25 %) ;
4. nombre maximum de personnels de même qualification susceptible d'être mis à disposition simultanément (10 %).

L'article 30 du CMP est visé, ainsi que l'article 28. Ce marché est également passé en application de l'article 77 du CMP, sur la base d'un montant minimum de 20 000 € HT mais sans indication de maximum.

S'il est certain qu'il est requis d'utiliser les formes formalisées des marchés quand il n'y a pas d'indication de montant maximum des bons de commande, il convient de souligner que cette disposition ne s'applique pas pour les marchés de l'article 30.

Ce marché, à l'instar du marché numéro 71201, reste très « sommaire » dans sa forme, tout en faisant cependant référence à davantage de dispositions.

Le CCP n'a pas été raturé, annoté ou modifié par le titulaire. Ainsi, les clauses relatives à la mise en régie suite à défaillance ne sont pas annotées, comme sur le dossier précédemment analysé.

Le CCAG FCS est dûment visé, la personne publique ayant donc pris soin de prévenir les difficultés d'exécution, contrairement au cas précédent.

Le marché est passé pour une durée ferme de 2 ans à compter de la date de notification, reconductible annuellement deux fois. L'enveloppe prévisionnelle s'établit à 240 000 € HT par an.

L'AAPC a été publié au seul BOAMP le 4 janvier 2008 et le DCE a été mis en ligne sur le site du CHRU.

La date limite de réception des offres était fixée au 4 février 2008. La même observation que pour le marché précédent peut être faite s'agissant du choix unique du BOAMP pour des prestations aussi spécifiques. En effet, seules 4 entreprises ont retiré un dossier et 3 ont déposé un pli dans les délais.

Les candidatures ont été agréées en commission d'ouverture des plis le 7 février 2008.

Le prix a été jugé en application de la formule : 40 x (prix le plus bas / prix proposé par le candidat) = note finale attribuée au candidat. Il a été apprécié ligne par ligne.

Les autres critères ont été jugés en application de la formule suivante : pourcentage x (note obtenue par le candidat / note maximale pouvant être obtenue) = note finale attribuée au candidat.

Les notes vont de 1 à 5, 5 étant le maximum. Les autres critères ont été appréciés par comparaison des différents éléments.

Des précisions ont été demandées aux trois sociétés. La société A… M… n'a pas répondu aux télécopies relatives aux délais de mise à disposition des personnels ainsi que sur le nombre de personnels « délégables » simultanément.

Or, une demande de précision ne s'apparente pas à faire et/ou compléter une offre. Aussi, ces demandes formulées après remise des plis constituent des éléments qui auraient dû être contenus dans l'offre.

La commission d'appel d'offres a déclaré l'offre de A… M… irrégulière au motif qu'elle ne pouvait être évaluée. Le courrier de rejet – pour irrégularité de l'offre – a été adressé à la société le 18 février 2008.

Le marché ou « CCP valant AE » ne fait aucune référence aux délais incompressibles de mise à disposition des personnels, à l'exception de la page 2 et en ces termes : « *le prestataire doit s'engager sur la mise à disposition rapide des personnels sollicités* ».

L'article 4-2 du CCP valant AE indique : « *le titulaire s'engage impérativement à fournir le personnel requis dans les délais et conditions prévus dans les bons de commande* ».

Or, ce critère représente 25 % de la note. La chambre s'interroge sur les modalités suivies par la personne publique pour évaluer ce critère alors qu'aucune demande d'informations permettant de l'apprécier n'avait été formulée.

En effet, seule une annexe financière sous forme d'un BPU a été exigée. Aucun autre cadre n'était à remplir par les candidats s'agissant par exemple des délais de mise à disposition de chaque type de personnels ou du nombre maximum de personnels de même qualification susceptible d'être mis à disposition simultanément, ou encore la capacité à répondre aux différentes qualifications.

Les candidats auraient ainsi dû fournir de leur propre initiative les documents et informations nécessaires. Cependant, pour devenir contractuels, ces documents auraient dû être dûment annexés au CCP valant AE, avec le BPU.

La commission d'appel d'offres, réunie le 14 février 2008, a classé les offres comme suit :

- A… M… avec une note de 10/10 ;
- Q… M… avec une note de 6/10.

Modalités d'exécution du marché

Le marché a été reconduit de manière expresse le 2 février 2010, pour un an.

Le 9 octobre 2009, le directeur de la politique des achats et de la réglementation a établi un certificat administratif attestant que la société pouvait être payée sur le RIB figurant sur les factures pour « *tous les règlements relatifs au marché n° 080261 et au hors marché à compter du 01/07/2009* ».

Des précisions sur ce certificat administratif ont été demandées par la chambre et le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que la rétroactivité au 1er juillet 2009 permettait de « *payer les factures en attente sur le bon RIB* » et qu'il n'y avait « *aucune trace dans le système d'information, pas de libellé de commande* » relatifs à des prestations hors marchés.

Or, au vu du fichier informatique relatif aux mandats « hors marchés » produit par l'établissement, il y aurait eu en 2007 une prestation hors marché pour un montant de 2 418,67 € et trois prestations en 2010 pour un montant total de 9 797,71 €. Ces montants ne sont cependant pas significatifs.

Au mois de janvier 2011, le montant mandaté (tableau suivi par la direction des achats) ressort à 1 889 314,23 € TTC, soit plus de 620 000 € TTC par an.

L'exploitation du fichier informatique transmis par l'établissement permet d'arrêter le total mandaté sur ce marché à hauteur de 2 123 229,76 € TTC, soit plus de 700 000 euros TTC par an.

Or, l'enveloppe prévisionnelle était de 240 000 € par an.

1.2.6. Marchés de fournitures

1.2.6.1. Marché numéro 080344 - Acquisition, mise en œuvre et maintenance de progiciels assurant la « gestion des ressources humaines et la paie » - Gestion administrative du personnel et la paie

L'analyse de ce marché appelle les principaux constats suivants :

- la prise en compte par la personne publique d'une offre radicalement différente en cours de négociation, ce que la jurisprudence n'autorise pas au cas d'espèce ;
- l'apparition de difficultés avec le prestataire dans les phases de réception des livrables, avec une solution qui n'est toujours pas opérationnelle.

L'économie générale du marché

Le CHRU a souhaité conclure un marché ayant pour objet l'acquisition, la mise en œuvre et la maintenance de progiciels assurant la gestion administrative du personnel et de la paie. Le CCTP, au contenu exhaustif et didactique, rappelle le contexte et explicite les attentes de l'établissement. Le CHRU de Montpellier fixe ainsi trois objectifs stratégiques aux nouveaux outils logiciels de RH :

- dans le cadre de la nouvelle gouvernance, la mise en œuvre de la délégation de gestion ;
- la gestion du temps de travail pour le personnel médical et pour le personnel non médical ;
- la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Le marché débute dès sa notification et s'éteint à la fin de la période de garantie.

Un premier marché sous la forme d'un appel d'offres ouvert a été passé. La commission d'appel d'offres du 1er octobre 2007 a déclaré cet appel d'offres infructueux. Les offres des sociétés C… et M… ont été déclarées irrégulières en raison de l'insuffisante qualité technique proposée. L'offre de la société M. K… a été, quant à elle, déclarée inacceptable en raison du prix proposé, jugé très supérieur à l'estimation des services et de l'enveloppe budgétaire.

Conformément aux dispositions de l'article 35 du code des marchés en vigueur, l'établissement a alors lancé un marché négocié sans publicité avec les trois candidats qui avaient postulé à l'AOO, sachant que les offres respectaient les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres.

Aussi, le marché a-t-il été passé sous la forme d'un marché négocié sans publicité, à la suite d'un appel d'offres infructueux, procédure autorisée aux termes de l'article 35 du CMP 2006, alors en vigueur.

Il comprend une tranche ferme et une tranche conditionnelle. Les deux tranches comprennent une variante et une option.

La tranche ferme concerne l'acquisition, la mise en place et la garantie de la solution progicielle de gestion administrative du personnel et de la paie. La variante porte sur les mêmes prestations.

La tranche ferme et sa variante s'accompagnent d'une option : acquisition, mise en place et garantie d'un logiciel de gestion de la structure, des organisations et des nomenclatures. L'option est levée à la notification du marché. La tranche ferme (ou sa variante) débute à compter de la date de notification et se termine à la fin de la période de garantie.

La tranche conditionnelle concerne la maintenance de la solution progicielle de gestion administrative du personnel et de la paie. La variante concerne les mêmes prestations.

La tranche conditionnelle et sa variante s'accompagnent d'une option : maintenance du logiciel de gestion de la structure, des organisations et des nomenclatures.

L'option est levée à l'affermissement de la tranche conditionnelle.

La tranche conditionnelle est affermie à l'admission de la tranche ferme et débute à compter de la fin de la période de garantie pour une durée de 4 ans.

La tranche conditionnelle (et sa variante) est décomposée comme suit :

- composante 1 : prestation forfaitaire relative à l'assistance téléphonique, la correction d'anomalie et de régression, la continuité de fonctionnement des spécifiques et interfaces et les évolutions du progiciel et des interfaces ;
- composante 2 : prestations hors forfait sur bon de commande pour des opérations de formation, paramétrage, assistance, expertise, installation et développement spécifiques après acceptation d'un devis par le CHU.

Les critères d'analyse et de classement des offres sont explicitement décrits à l'article 9 du RC :

« 1. Valeur technique de l'offre – 60 %.

2. Coût global de l'offre – 40 %. ».

Une évaluation de la valeur technique de l'offre est réalisée sous la forme de l'attribution d'un nombre de points et le coût global de l'offre est calculé.

Concernant les modalités d'attribution des points, qu'il s'agisse de la valeur technique de l'offre ou du coût global, la chambre relève l'effort réalisé par la personne publique pour décrire exhaustivement les critères mis en œuvre.

Il apparaît en outre que la personne publique a clairement précisé les modalités de négociation, à l'article 10 du RC.

S'agissant du prix, le marché est pour partie forfaitaire et pour partie à bons de commande. Les modalités de règlement sont clairement expliquées avec les indications sur les pourcentages d'acomptes et de paiements partiels définitifs en fonction des phases d'admission / vérification.

Les modalités de vérification sont, pour leur part, décrites explicitement dans le CCAP. Néanmoins, force est de constater qu'est visé le CCAG FCS ainsi que le chapitre 7 relatif à la fourniture de matériels bureautiques et informatiques, alors que l'établissement déroge au CCAG FCS, notamment pour les délais

L'acte d'engagement comprend des annexes « cadres de réponse ». La première annexe a pour objet une sorte de décomposition du prix global et forfaitaire, avec mention des prix et indication du nombre de journées allouées à chaque prestation.

Outre des informations relatives au mode de passation en appel d'offres ouvert, le CCTP contient des documents sous forme de tableaux retranscrivant l'ensemble des prestations objet du marché, avec la mention du caractère obligatoire ou non de ladite prestation. Ces documents sont d'une grande utilité pour analyser et juger les offres.

Modalités de passation du marché

A l'issue de la déclaration d'infructuosité de l'appel d'offres ouvert en date du 1er octobre 2007, une lettre de consultation datée du 16 octobre 2007 a été envoyée aux candidats qui avaient présenté des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres. La date limite de réception des offres était fixée au 5 novembre 2007.

Pour rappel, l'offre définitive devait être remise le 7 décembre 2007. La chambre ne peut en conséquence que s'interroger en trouvant dans les documents de l'offre du titulaire une présentation / démonstration relative à « *l'acquisition, mise en œuvre et maintenance de progiciels assurant la gestion des ressources humaines et la paie* » datée du 26 juillet 2007. Le directeur des achats et des marchés publics a répondu que « *le titulaire n'ayant pas modifié son offre technique entre l'appel d'offres et le marché négocié, il a à cet égard utilisé la présentation adressée dans le cadre de l'AO* ».

Sur les trois sociétés admises à participer au marché, seules deux d'entre elles ont transmis une nouvelle offre et participé aux réunions de négociations.

La société C… a averti le CHRU le 6 novembre 2007 de sa décision de ne pas participer au marché négocié. En effet, son offre avait été jugée irrégulière le 1er octobre 2007 en raison de l'insuffisante qualité technique proposée lors de l'appel d'offres.

La société M… propose trois progiciels pour répondre au CCTP et l'établissement note que l'offre a été reformulée à l'occasion de la procédure de marché négocié (changement de logiciel).

La société M. K… propose également trois logiciels, conformes aux attentes du CHRU.

L'analyse des offres fait apparaître que :

- l'offre de la société M. K… est complète s'agissant des procédures de gestion de carrière, contrairement à l'offre de la société M… qui ne propose rien d'autre que la consultation de l'échelon et du grade de l'agent ;

- l'offre relative à la gestion des effectifs proposée par la société M. K… est meilleure que celle de la société M…, cette-dernière ne permettant pas de mise à jour en temps réel des occupations ;

- l'offre de la société M…… dispose d'une mauvaise ergonomie par rapport à celle de la société M. K…

La personne publique classe donc l'offre de la société M. K… en tête sur le critère de la valeur technique.

S'agissant du coût global de l'offre, la personne publique a procédé à une comparaison sur la base d'un coût global sur une période de 5 ans. Ce coût comprend :

- le coût du projet (acquisition de droits d'usage, mise en œuvre), l'acquisition des plateformes matérielles et la maintenance annuelle des progiciels et des plateformes ;

- le coût annuel de production de la paie, soit en solution interne (tranche ferme), soit en solution externalisée (variante).

Le coût de production de la paie réalisé uniquement avec les ressources internes est pour sa part évalué au coût moyen d'un poste de TSH (Technicien Supérieur Hospitalier), soit 45 000 € TTC/an, pour chacune des solutions.

La chambre s'interroge sur la mention relative au « changement radical » de l'offre de la société M…, relevée au stade des négociations. En effet, ainsi que le rappelle la Cour Administrative d'Appel de Nancy dans un arrêt en date du 8 janvier 2009, les candidats à l'attribution d'un marché négocié ne peuvent spontanément modifier l'offre qu'ils ont déposée au cours des discussions sauf relativement à des clauses du contrat sur lesquelles la personne responsable du marché entend négocier. Le changement radical d'une offre ne constitue en aucune façon une simple adaptation mineure de l'offre initiale.

Interrogé sur ce point, le directeur des achats et des marchés publics a justifié ce « changement radical » par une maladresse de rédaction prêtant à confusion, résultat d'un changement de stratégie de la part de la société M…

La personne publique aurait ainsi comparé l'offre proposée dans le cadre de l'appel d'offres avec l'offre du marché négocié, ce qui paraît peu vraisemblable puisqu'il s'agit de deux procédures totalement distinctes.

De surcroit, le rapport de présentation établi en application de l'article 79 du CMP mentionne que sur les trois sociétés admises à participer au marché négocié (C…, M…. et M. K…), seules les sociétés M…. et M. K… ont transmis une nouvelle offre et ont participé aux réunions de négociation (respectivement les 23 et 21 novembre).

Il y a donc bien eu, en toute logique, une première offre remise avant le 5 novembre 2011 puis une seconde après les négociations du 23 novembre, pour la société M…

Le même rapport fait état, en page 5, des offres avant et après négociation. Il indique : « *on peut noter une augmentation du coût total sur 5 ans, suite à la négociation avec la société MIPIH. Cette augmentation est due à un changement radical dans la construction de leur offre. En effet, l'offre initiale proposait la suite e-BS (Oracle) en lieu et place de FOEDERIS. L'évolution financière de l'offre M…. étant due à la restructuration sur le plan technique de l'offre, il est difficile de faire une comparaison* ».

En l'absence d'autres précisions ou de la communication des deux offres, la chambre considère que le problème de la comparaison des offres ne repose pas sur un changement entre l'appel

d'offre et le marché négocié et que l'offre initiale déposée dans le cadre de la procédure négociée, donc avant négociation, diffère totalement de l'offre faite après négociation.

Si tel est le cas, l'offre déposée après négociation est susceptible de constituer une « nouvelle offre », ce qui est irrégulier au regard des principes applicables en procédure de marché négocié, et les règles que le pouvoir adjudicateur s'est lui-même imposées ne sont pas respectées (cf. article 10 du RC).

Cette analyse se trouve confirmée par l'existence d'un document produit par la personne publique, de type présentation informatique, intitulé « appel d'offres GRH et Paie ». Il est présenté comme étant un document de la négociation avec la société M…

En effet, après la description de la société, le candidat fait un résumé des attentes et des contraintes du CHRU, avant de développer sa solution. Celle-ci est exposée au travers de différentes références françaises, sa spécificité sur le marché et sa stratégie. Le secteur de la formation, objet de la modification de l'offre, est évoqué à une seule reprise dans ce document. La chambre ne peut donc que constater que la solution ORACLE a été changée au profit de la solution FOEDERIS, très probablement au cours de la négociation.

L'ordonnateur en fonctions considère que l'observation de la chambre sur le « *changement radical de l'offre du M… dans le cadre des négociations* » relève d'une interprétation erronée, celui-ci étant intervenu « *bien en amont* ». Il précise que lorsque la société « *a été reconsultée dans le cadre de la relance du marché en procédure négociée, nous avons constaté qu'effectivement elle avait bâti son offre différemment de celle proposée lors de l'appel d'offres, ce qu'elle avait tout à fait le droit de faire. Entre le dépôt de cette offre dans le cadre de la nouvelle procédure, et la fin de la procédure, il n'y a eu aucune modification.* ».

Tout en prenant acte de ces précisions, la chambre considère qu'elles ne sont pas de nature à modifier le sens de son observation et qu'elles confortent, au contraire, son analyse.

Dans le rapport d'analyse des offres, il est proposé qu'à l'issue de la période de garantie d'un an le CHRU opte pour la tranche conditionnelle en offre de base (maintenance de la solution avec une production en interne de la paie du personnel). La commission d'appel d'offres, réunie le 28 février 2008, suit l'avis des services, et l'établissement celui de la CAO. La solution de la société M. K… est donc retenue.

De la signature de l'acte d'engagement, par le titulaire le 30 octobre 2007 et par la personne publique le 25 juillet 2008, jusqu'à la notification du marché, intervenue le 1er août 2008, il se sera ainsi écoulé 9 mois.

Les conditions de l'exécution du marché, quelques fois délicates, sont exposées en annexe 4.

2. CONVENTIONS D'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC (CODP) ET CONTRAT ADMINISTRATIF SUR LE MULTIMEDIA

2.1. Economie générale des contrats

Le CHRU a souhaité pourvoir les besoins en cafétérias / points presse, en distributeurs automatiques et en service multimédia (télévision et téléphonie).

Il a donc lancé une consultation comprenant trois contrats administratifs, dont deux CODP, allotie comme suit :

- lot 1 : exploitation de cafétérias - points presse - prestations diverses ;
- lot 2 : mise à disposition et exploitation de distributeurs automatiques ;
- lot 3 : mise à disposition et exploitation d'un service multimédia (téléphonie, téléviseurs…) pour les patients hospitalisés au CHRU.

Les éléments caractéristiques de cette opération sont les suivants :

Durée prévue des contrats

- lots 1 et 2 : du 1er avril 2008 au 31 mars 2013 avec possibilité de reconduction pour deux années supplémentaires, soit jusqu'au 31 mars 2015 ;
- lot 3 : du 1er septembre 2008 au 31 mars 2013 avec possibilité de reconduction pour deux années supplémentaires, soit jusqu'au 31 mars 2015.

Montants

A titre d'information, la moyenne annuelle des redevances TTC versées par les titulaires précédents était de :

- lot 1 : 448 191 € sur les trois dernières années ;
- lot 2 : 30 312 € sur les trois dernières années ;
- lot 3 : 100 000 € pour l'année 2006.

Conditions d'exécution financière

- pour les lots 1 et 2 : la mise à disposition des locaux est soumise au versement :
  - • d'un loyer mensuel comprenant :
    - . la mise à disposition du local ;
    - . les frais résultant de l'utilisation des différents fluides d'énergie nécessaires au fonctionnement de l'activité commerciale ;
    - . l'enlèvement des déchets ;
  - • d'une contribution sur le chiffre d'affaires calculée sur la base du pourcentage proposé dans le contrat d'engagement ;
- pour le lot 3 : le titulaire devra verser :
  - • une part fixe conformément à la proposition faite au contrat d'engagement ;
  - • une contribution sur le chiffre d'affaires calculée sur la base du pourcentage proposé dans le contrat d'engagement.

2.2. Modalités de passation des conventions

S'agissant des conditions de publicité préalable au choix des titulaires, les formalités nécessaires et suffisantes ont été effectuées.

Ainsi, un avis public d'appel à la concurrence a été adressé au BOAMP et au JOUE le 12 décembre 2007 et le dossier de consultation a été mis à la disposition des entreprises sur la plateforme électronique du CHRU.

Un premier avis rectificatif a été publié le 17 janvier 2008, comprenant :

- un rectificatif au cahier des charges du fait de l'augmentation de la durée d'exploitation. Le premier avis d'appel public à la concurrence indiquait que pour l'ensemble des lots, la durée d'exécution était du 1er avril 2008 jusqu'au 31 décembre 2012. La modification a trait non seulement aux périodes mais également aux lots :
  • lots 1 et 2 : du 1er avril 2008 au 31 mars 2013 avec possibilité de reconduction pour deux années supplémentaires, soit jusqu'au 31 mars 2015 ;
  • lot 3 : du 1er septembre 2008 au 31 mars 2013 avec possibilité de reconduction pour deux années supplémentaires, soit jusqu'au 31 mars 2015. Il s'agit là d'une modification substantielle alors que la date limite des offres n'a pas été reportée, restant toujours fixée au 31 janvier 2008 ;
- des réponses aux questions posées par écrit par les candidats ;
- la modification du contrat d'engagement par la suppression de la clause relative au nantissement ;
- des plans sous format Autocad ;
- le nombre de lits et de places par établissement ;
- le chiffre d'affaires par établissement ;
- des informations sur la reprise du personnel.

Il est noté sur ce dernier point que le CHRU, « *tiers aux contrats de travail régissant les relations entre les employés des cafétérias, point presse, télévision et téléphonie et les entreprises actuellement titulaires des contrats, est dans l'incapacité de communiquer les éléments demandés. Les candidats devront donc se rapprocher des entreprises en place afin d'obtenir les renseignements demandés* ». Le CHRU indique ensuite le nom et les coordonnées desdites entreprises.

Parmi les entreprises citées comme étant titulaires des contrats en cours à l'époque de la remise en concurrence, seule l'une d'entre elles a obtenu à nouveau un contrat.

Un second avis rectificatif a été publié le 29 janvier 2008 comprenant :

- un report de la date de remise des offres initialement prévue au 31 janvier 2008, au 8 février 2008 ;
- la communication des informations relatives à la masse salariale du personnel des cafétérias (lot 1), alors que ces informations avaient été indiquées comme étant non communicables dans le premier rectificatif en date du 17 janvier 2008.

Le dossier de consultation des entreprises était quant à lui constitué par :

- le contrat d'engagement et ses annexes ;
- le règlement de la consultation ;
- le CCAP et ses annexes.

Les documents de la consultation sont précis et ont été rédigés en prenant pour exemple les pièces relatives aux procédures de passation des marchés publics, tant sur la forme que sur le fond.

Le CHRU a fait le choix d'opter pour une forme de passation formalisée, ressemblant à la procédure de l'appel d'offres. Ainsi, à titre d'exemple, deux enveloppes sont demandées, une pour la candidature et une pour l'offre, et il est prévu que la seconde enveloppe contenant l'offre n'est à ouvrir qu'une fois la recevabilité de la candidature établie.

Le CHRU s'est également inspiré des procédures en matière de marchés publics pour ce qui concerne le jugement des candidatures[6] et les critères d'analyse des offres. En effet, l'établissement a pris soin de les exposer préalablement dans le règlement de la consultation, sans pour autant déterminer des pourcentages, ce qui relevait d'ailleurs de son libre choix. Enfin, une date limite pour la demande de renseignements a également été fixée.

L'état du droit (règles de transparence, de publicité et d'absence de discrimination) en matière de passation de contrats portant occupation du domaine public, applicable au moment du renouvellement des contrats étudiés, est rappelé en annexe 5.

L'établissement était ainsi seulement tenu de respecter les grands principes issus des traités, mais il est allé au-delà : publicité idoine, recul de la date limite de dépôt des offres au vu des questions réponses, exploit d'huissier, création d'une commission *ad hoc*, critères prédéfinis (mais malheureusement pondération *a posteriori*) et rapport d'analyse des offres exhaustif et détaillé. Le CHRU s'est ainsi imposé des règles de formalisation qu'il convient de souligner.

Dans ce domaine, il est rappelé que dans le cas où la personne publique adopte une procédure qu'elle n'était pas tenue de suivre, elle doit aller au bout de son choix et de la règle du jeu qu'elle s'est fixée : « *la circonstance qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'encadre les décisions de [l'autorité domaniale] n'interdit pas à cette autorité de définir les modalités de la procédure d'attribution qu'elle entend suivre. Et dans ce cas, il lui incombe, à peine d'illégalité, de respecter les règles qu'elle a instituées* »[7].

2.3. Les offres

27 sociétés ont retiré le DCE, et 16 plis ont été réceptionnés dans les délais. Une demande de DCE est parvenue hors délai, et aucune société n'a répondu hors délai.

L'ouverture de la première enveloppe a eu lieu en commission technique d'ouverture des plis le 13 février 2008.

Un courrier de réclamation d'une société en date du 07 février 2008, motivée par le fait qu'elle n'avait pas pu accéder aux rectificatifs, est parvenu au CHRU lors de la phase de recensement des pièces de la première enveloppe. L'établissement a justifié ce dysfonctionnement par une erreur d'adresse imputable à la société.

Une copie des échanges de correspondances confirme cette erreur d'adresse, et le CHRU a fait parvenir l'ensemble des rectificatifs apportés au DCE à ladite société le 14 février 2008. Un délai supplémentaire pour compléter sa proposition (candidature et offre) lui a aussi été accordé, et la date limite a ainsi été reportée au 25 février 2008.

Parallèlement, le CHRU a envoyé le 14 février 2008 un courrier à tous les autres soumissionnaires leur accordant un délai supplémentaire jusqu'à cette même date afin de pouvoir compléter ou modifier tant leur dossier de candidature que leur offre elle-même.

Le 18 février 2008, suite aux interrogations des soumissionnaires, un nouveau courrier a été adressé à tous les candidats pour leur préciser le caractère facultatif des compléments demandés et leur indiquer qu'il ne s'agissait que d'une mesure visant à assurer l'égalité de traitement entre les candidats.

---

[6] Capacité et qualité des entreprises appréciées en fonction des garanties professionnelles, techniques et financières.
[7] Voir les conclusions sous CE, 26 mars 1999, *Société EDA.*

2.4. La commission d'agrément

Le 27 février 2008, une commission administrative d'agrément des candidatures et de sélection des offres a été créée sur décision du directeur général en fonctions.

Le directeur des achats et des marchés publics a précisé que cette commission *ad hoc* n'avait pas été mise en place suite à la réclamation reçue (évoquée au paragraphe précédent), mais en raison du caractère sensible du dossier.

L'article 1 indique que la commission est présidée par le directeur général et qu'elle comprend 4 membres à voix délibératives :

- le directeur général adjoint ;
- un administrateur du CHRU représentant les usagers ;
- le directeur coordonnateur du pôle des prestataires de service ;
- le directeur chargé de la gestion des sites.

L'article 2 précise que les offres seront analysées par une commission technique qui rédigera un rapport, lequel sera présenté par un rapporteur à la commission administrative.

La commission technique comprend :

- le directeur de la politique des achats et de la réglementation[8], rapporteur ;
- le directeur des technologies de l'information et des télécommunications, ou son représentant ;
- le directeur des travaux, du biomédical et du patrimoine ou son représentant ;
- le directeur de la logistique et de l'hôtellerie, ou son représentant.

L'article 3 indique enfin que le secrétariat sera assuré par la cellule des marchés et la division des achats médicaux et hôteliers.

Une réunion de la commission technique s'est déroulée le 3 mars 2008.

Il convient de rappeler que le CHRU a demandé exactement les mêmes documents que ceux exigés dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché public[9] (article 4 du RC).

Les candidatures ont été agréées en commission administrative le 4 mars 2008 et un procès-verbal a été dressé par le secrétariat de ladite commission. Toutes les opérations d'ouverture ont été supervisées par un huissier, diligenté par le CHRU lui-même, aux fins d'acter précisément le déroulement de la commission.

Interrogé sur les raisons de la demande expresse de la présence d'un huissier par l'autorité domaniale, le directeur des achats et des marchés publics a rappelé la sensibilité du dossier justifiant des précautions pour assurer un choix en toute transparence.

En tant que rapporteur de la commission technique, le directeur des achats et des marchés publics a informé les membres de la commission que le pli de l'entreprise S… ne contenait qu'une seule enveloppe et que les éléments de l'offre n'étaient de ce fait pas distincts. L'huissier a constaté que l'offre était visible dès l'ouverture de l'unique enveloppe et il apparaît par ailleurs que la société précitée n'avait pas effectué la visite obligatoire du site. Sa candidature a donc été rejetée par la commission car considérée comme étant irrégulière.

---

[8] Devenue ensuite direction des achats et des marchés publics.
[9] Par exemple les DC4 et DC5.

Sur la base des critères de sélection des candidatures, à savoir « *capacité et qualité des entreprises appréciées en fonction des garanties professionnelles, techniques et financières* », 15 sociétés ont été agréées par la commission administrative. Au rapport de la commission sont ainsi annexés des tableaux récapitulatifs reprenant *in extenso* les pièces des plis.

Les deuxièmes enveloppes ont donc ensuite été ouvertes en commission, en présence de l'huissier. Le CHRU (représenté par le directeur général) suit l'avis de la commission (présidée par cette même autorité).

L'étape suivante a concerné la sélection des offres. Les critères de sélection étaient les suivants :

Lot 1 : exploitation de cafétérias - points presse - prestations diverses

Critère 1 : étendue de la gamme et prestations supplémentaires proposées, prix de vente au public.

Critère 2 : projets d'aménagements présentés et propositions de maintien de l'activité pendant les travaux.

Critère 3 : montant des redevances :

- pourcentage proposé sur le chiffre d'affaires des points presse ;
- pourcentage proposé sur le chiffre d'affaires des cafétérias ;
- pourcentage proposé sur le chiffre d'affaires des distributeurs automatiques associés.

Critère 4 : Tarif préférentiel accordé au personnel.

Lot 2 : mise à disposition et exploitation de distributeurs automatiques

Critère 1 : étendue de la gamme et projets d'implantation proposés, prix de vente au public.

Critère 2 : Montant des redevances – pourcentage proposé sur le chiffre d'affaires.

Lot 3 : Mise à disposition et exploitation d'un service multimédia (téléphonie, téléviseurs) pour les patients hospitalisés du CHRU de Montpellier

Critère 1 : Qualité des prestations, étendue de la gamme, prix de vente au public.

Critère 2 : Montant des redevances :

- part fixe : montant proposé par les candidats ;
- part variable : pourcentage proposé sur le chiffre d'affaires.

Le rapport d'analyse des offres établi suite à la commission administrative du 19 mars 2008 est précis et fait état, préalablement à l'analyse des plis *stricto sensu*, de la méthodologie employée pour analyser les offres.

L'analyse du lot 3 étant reportée à une date ultérieure en raison de demandes d'informations techniques complémentaires, le rapport d'analyse se limite donc aux analyses des lots 1 et 2.

La chambre s'interroge sur le fait que la pondération des critères n'ait été déterminée par la commission que lors de sa réunion en date du 19 mars 2008, donc après l'ouverture des secondes

enveloppes, et ce quand bien même la passation de contrats portant occupation du domaine public ne soit soumise à aucune procédure particulière en la matière.

Interrogé sur ce point, le CHRU a répondu en ces termes : « *Cela s'est fait en commission car la mise en œuvre de ce type de service, qui implique des investissements importants et visibles, au profit des usagers et en partie des personnels, ne peut relever de la seule responsabilité des acheteurs* ».

La chambre s'étonne de cette réponse, qui ne s'inscrit pas dans le sens d'une transparence optimale.

2.5. Attribution

Lot 1 : exploitation de cafétérias - points presse - prestations diverses

4 offres ont été enregistrées.

En date du 19 mars 2008, la commission a procédé, dans un premier temps, à l'analyse des propositions au regard des critères 1, 3 et 4 pour le lot 1, le critère 2 (projet architectural) étant analysé spécifiquement.

Le CHRU a donc effectué une analyse exhaustive des propositions, mais il s'est heurté à certaines difficultés.

Afin de pouvoir analyser les différentes offres sur la base du prix, le CHRU avait demandé aux candidats de faire une proposition de redevance pour chaque type d'activité : cafétéria, point presse et distributeurs automatiques associés. Or, chaque candidat a répondu en faisant des propositions différentes : soit en proposant un pourcentage sur le chiffre d'affaires total soit en proposant un pourcentage différent par tranches. De ce fait, le CHRU a dû demander des compléments d'information le 12 mars 2008 par télécopie aux candidats ayant fait des propositions par tranche.

Le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que « *lors de l'analyse des offres (rapport du 26/03/2008 page 7), une simulation sur un cas pratique a été fournie aux candidats sur la base d'un chiffre d'affaires HT de 3 000 000 € afin de pouvoir comparer les offres financières de chaque candidat* (…)*. Ce document a été précisé le jour de la signature du contrat entre le CHRU et S… & S… et a été annexé au contrat d'engagement en tant qu'annexe financière* ».

La simulation sur un cas pratique porte sur un document revêtu d'une signature en date du 13 mars 2008. Or, le document précisé le jour de la signature du contrat ne correspond pas au précédent. La chambre ne peut donc que s'interroger sur la différence des documents présentés.

Par ailleurs, la chambre observe qu'il est difficile d'apprécier non seulement la fixation du montant de la redevance mais également la détermination des pièces véritablement contractualisées.

Dans sa réponse, l'établissement a indiqué que :

« *Dans le cadre d'une demande d'un complément d'information pour les candidats ayant fait une proposition de redevance par tranche de chiffre d'affaires et pour procéder à l'analyse financière des offres avec des éléments comparables, le CHU a élaboré un document de référence appelé "cas pratique lot n° 1" et reprenant pour chaque candidat leur proposition financière sur la base de 3 000 000 € de CA.*

Les deux candidats ont donc reçu ce tableau personnalisé par fax du 12/03/2008. Ce document a été retourné signé le 13/03/2008 pour le candidat S… & S…

Lors de la commission administrative du 26/03/2008 qui a auditionné tous les candidats, il a été demandé à chaque candidat s'il consentirait un effort financier supplémentaire: S… & S... a proposé une redevance par tranche de 15 % de 0 à 2,3 M euros et 20 % pour un chiffre d'affaires au-delà de 2,3 M euros ».

Le directeur des achats et des marchés publics a également expliqué que le cas pratique valait mise au point et avait été intégré au contrat le 31 mars lors de la signature de la convention, signée le même jour.

La formule de calcul appliquée, avec l'hypothèse d'un CA de 3 000 000 €, a été la suivante :

Proposition financière :	15 % TTC sur CA HT de 0 à 2,3 millions d'euros	20 % TTC du CA HT > 2,3 millions d'euros

Le détail du calcul, tel que décrit par l'ordonnateur dans sa réponse, se décompose comme suit :

- D'une part, l'estimation de ce que pourrait rapporter la redevance sur la base d'hypothèses de chiffre d'affaires telle que détaillée ci-dessous :

Estimation de la redevance HT sur CA estimé de 3 000 000 €.........405 483

<u>Détail du calcul</u>
15 % x 2 300 000 €..345 000
20 % x 700 000 €..140 000
Redevance TTC..485 000
Redevance HT (taux de TVA de 19,60 %) 405 518

Ecart.. - 35

- D'autre part, le montant de la redevance garantie (592 000 €) proposé par le candidat en intégrant à son calcul la part de redevance fixe (loyer) :

Redevance TTC..485 000
Redevance fixe (loyer)..107 000
Redevance garantie TTC..592 000

La chambre prend acte de ces précisions, tout en soulignant que le montant du loyer (redevance fixe) pour 107 000 euros n'est pas conforme aux documents (111 000 €) et que la lisibilité de ces derniers demeure pour le moins perfectible. La vérification des éléments de liquidation s'avère par conséquent particulièrement difficile.

Le directeur des achats et des marchés publics précise par ailleurs que « *le choix des pourcentages a été fait suivant la durée d'amortissement des investissements (15 à 20 %). La première tranche est bien de 0 à 2,3 millions d'euros. Le cas pratique qui a été annexé au contrat d'engagement permet d'avaliser le fait que l'amortissement se ferait sur 7 ans et non 5 ans* ».

Le procès-verbal d'audition des candidats et de choix du titulaire du lot n° 1, établi en date du 26 mars 2008, fait état des négociations entreprises avec les candidats. A la question : « *consentiriez-vous un effort financier supplémentaire* », le candidat S… & S… a répondu que « *le montant de la redevance consentie est évolutif (proposition de 12 % voire 15 % et de 20 % si le chiffre d'affaires est supérieur à 2,3 millions d'euros ainsi qu'une redevance minimum garantie de 477 000 € TTC par an. Si les investissements ne sont pas amortis sur 7 ans, il est demandé d'inclure un droit de reprise pour le successeur* ».

Concernant l'analyse du critère relatif au tarif préférentiel accordé au personnel, certains candidats proposaient des remises différentes en fonction des produits. Au vu de l'hétérogénéité des offres, le CHRU a apprécié le tarif préférentiel sur la base d'une évaluation. Lorsqu'un candidat proposait

des remises différentes selon les produits, le CHRU a fait application d'une remise moyenne. Les candidats ont été jugés en fonction d'un Détail Quantitatif Estimatif (DQE).

La qualité architecturale a pour sa part fait l'objet d'un rapport particulier établi en date du 11 mars 2008. La direction des travaux n'a pas émis de réserves majeures et tous les candidats ont présenté un projet de maintien d'activité pendant les travaux. Les différents projets architecturaux ont été présentés à la commission aux fins de notation.

La commission, après avoir étudié l'ensemble des critères, a alors proposé le classement suivant :

1- S… & S…
2- M…
3- R… H…
4- E… P…

La commission ayant ensuite décidé d'auditionner les trois premiers candidats classés, le représentant du pouvoir adjudicateur a suivi son avis.

Cette audition s'est déroulée dans les conditions suivantes :

<u>Audition des candidats - lot 1</u>

L'audition des trois candidats classés par le CHRU, convoqués par un courrier en date du 20 mars 2008, s'est déroulée lors de la commission administrative du 26 mars 2008.

Chaque candidat a eu 45 minutes pour présenter la partie architecturale du projet et apporter des précisions concernant les pré-requis techniques et juridiques nécessaires à la réalisation desdits projets.

Le procès-verbal établi par le CHRU reprend l'intégralité des questions posées aux candidats par les membres de la commission.

A l'issue de l'audition, la commission, réunie le 26 mars 2008, a arrêté le classement suivant :

1- S… & S…
2- M…
3- R… H…

L'audition des candidats n'a pas modifié le classement initial et l'établissement a entériné l'avis de la commission proposant de conclure la convention avec la société S… & S…, pour un investissement de 1 472 955 € HT et un engagement de réalisation des travaux dans les 20 mois.

La chambre relève qu'une incohérence existe dans les dates figurant sur les différents documents contractuels, ce qui conduit à s'interroger sur leur régularité et peut laisser supposer un habillage d'un choix préalablement fait.

En effet, le contrat et ses annexes sont signés par l'autorité domaniale, en la personne du directeur général, à la date du 4 mars 2008. Or, il convient de rappeler que le choix du cocontractant a été fait postérieurement le 26 mars 2008 en commission. La date du 4 mars 2008 ne correspond qu'à la réunion (en présence de l'huissier) de la commission administrative d'agrément des candidatures (premières enveloppes) et d'ouverture des offres (secondes enveloppes).

Le BPU a pour sa part été signé le 4 mars 2008 par le directeur général de l'établissement. Les annexes 1-a à 1-e sont quant à elles établies par le prestataire en date du 6 février 2008, à l'exception de celle intitulée annexe 1-a bis établie en date du 26 ou 28 mars 2008, avec la mention suivante : « *tarification initialement effectuée avec les tendances alarmistes de la hausse des coûts*

matière du début d'année. Avec le concours de la centrale d'achats du groupe E…, nous avons pu revoir les prix de l'ensemble des produits avec des tarifs d'entrée de gamme accessible pour tous (gamme PPX) ».

Le constat peut effectivement être fait que les prix ont substantiellement diminué. Cependant, il apparaît impossible que ces nouveaux tarifs aient pu être pris en compte dans l'analyse des offres, étant donné que le choix a été fait le 26 mars 2008.

Selon le CHRU, « *ces nouveaux tarifs n'ont pas été pris en compte lors de l'analyse des offres car cela constituait de nouveaux prix. Leur prise en compte aurait conduit à une rupture d'égalité de traitement entre les candidats. Cette nouvelle annexe n'a donc pas été analysée* ».

La chambre constate cependant que ce document a été annexé au BPU dans les documents transmis par le CHRU. Il importe de souligner que le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que « *les candidats ont été auditionnés le 26 mars 2008, la négociation a notamment porté sur leur offre financière* ». Malgré tout, la chambre note que le document « annexe 1-a-bis » date du 26 ou du 28 mars 2008.

En outre, les annexes au contrat d'engagement relatives à la redevance versée au CHRU, calculée sur le chiffre d'affaires, sont quant à elles datées et signées du 31 mars 2008 par le cocontractant, la notification du contrat étant effective au 31 mars 2008.

S'agissant des incohérences relevées sur les dates, le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que : « *cette date (4 mars 2008) ne constitue pas un engagement du DG mais une validation à l'ouverture des offres* ».

Or, la chambre observe que la signature du directeur général a été apposée en page 3 de l'acte d'engagement, relative à la détermination du prix, avec le tampon du CHRU. A l'évidence, ce document n'est en aucun cas une validation de l'ouverture des offres.

La signature du directeur général est également apposée, sans tampon, en page 5 de l'acte d'engagement relative à la réponse de l'administration. De plus, force est de constater que du blanc a été appliqué sur le document.

Le même constat peut être fait pour le bordereau des prix unitaires.

En conséquence, la chambre s'interroge sur l'explication donnée selon laquelle ces signatures constituent « une validation à l'ouverture des offres », notamment au regard des précautions prises par le CHRU pour assurer la transparence totale de cette opération. En effet, chaque procès-verbal établi lors de la réunion de la commission administrative a été signé par chaque membre, et il convient de rappeler que les offres ont été ouvertes sous contrôle d'un huissier.

Dans sa réponse, le CHRU indique qu'il procédait à l'application de tampon et de signature sur des documents qui peuvent s'avérer être contractuels de manière ultérieure, afin d'éviter des falsifications éventuelles.

La chambre regrette que ce mode opératoire ait pu être retenu car il n'est pas acceptable. Il introduit un doute quant à la régularité des procédures et elle invite en conséquence l'établissement à mettre en place un dispositif adapté dans les meilleurs délais.

Sur le plan de l'exécution du contrat, les mandats suivants ont été émis à destination de la société retenue :

- 9 331,52 € en 2008 ;
- 28 974,18 € en 2009 ;
- 4 180,85 € en 2010.

Le directeur des achats et des marchés publics a précisé que ces paiements correspondent à des prestations réalisées à la demande du CHRU. Ce type de prestation est effectivement prévu à l'article 2 du cahier des charges.

Lot 2 : mise à disposition et exploitation de distributeurs automatiques

8 offres ont été enregistrées.

Le CHRU s'est heurté aux mêmes difficultés que pour le lot 1 s'agissant des critères pécuniaires, et il a utilisé les mêmes méthodes que pour le lot 1.

La commission, en date du 19 mars 2008, après avoir analysé les offres, a établi le classement suivant :

1- B…
2- M…
3- SARL B…
4- A… S… E…
5- M…
6- S… & S…
7- S…
8- E… P…

La commission a proposé de conclure le contrat avec la société B…, proposition suivie par l'autorité domaniale.

Le contrat d'engagement ainsi que le bordereau des prix sont signés par le représentant de l'autorité domaniale, le directeur général, en date du 4 mars 2008. Il convient de rappeler que cette date correspond à la réunion de la commission administrative d'agrément des candidatures et d'ouverture des offres et que le choix a été fait en commission le 19 mars 2008.

Le CHRU a précisé que : « *cette signature atteste que le CHRU de Montpellier a bien reçu en même temps que la candidature une offre. Le DG a donc signé chacun des éléments du contrat ne valant pas réponse de l'administration. Le 19/03/2008, le choix de retenir B… a été matérialisé dans la réponse de l'administration par la signature du DG* ».

La chambre demeure tout autant dubitative sur l'explication fournie et fait les mêmes constats sur l'incohérence des dates que pour le lot 1.

La page 3 de l'acte d'engagement, relative au prix, est datée et signée du 4 mars 2008. La page 5 de l'acte d'engagement est également signée, mais non datée. Le bordereau des prix est également signé, avec mention de la date du 4 mars 2008.

Contrairement aux constats effectués pour le lot 1, les documents établis par le prestataire sont ici ou non datés, ou datés du 30 janvier 2008.

La notification est pour sa part datée du 31 janvier 2008, mais la chambre suppose qu'il s'agit là d'une erreur du candidat qui a signé l'ensemble des pages du contrat sans prêter véritablement attention au texte sus référencé, en l'occurrence la notification. Ce point est d'ailleurs confirmé par le CHRU, la véritable notification du contrat ayant été faite le 31 mars 2008 (accusé de réception indépendant du contrat).

Lot 3 : mise à disposition et exploitation d'un service multimédia (téléphonie, téléviseurs) pour les patients hospitalisés du CHRU de Montpellier

Ce lot a fait l'objet d'une commission administrative particulière en date du 25 mai 2008.

L'agrément des candidatures avait été réalisé lors de la commission du 4 mars 2008, et les secondes enveloppes avaient été ouvertes le même jour. Des variantes pouvaient être proposées.

S'agissant de l'analyse du lot 3, et à l'instar des autres lots, la commission a déterminé dans un premier temps la pondération des critères d'analyse définis dans le RC et leurs sous critères.

L'analyse des offres a fait l'objet d'un rapport s'appuyant sur un tableau très détaillé et reprenant l'ensemble des données de chaque candidat ayant présenté ou non des variantes.

Seules les sociétés C… et L… C… H… ont présenté des variantes. Ces dernières ont été analysées avec les offres de base, selon les mêmes critères.

L'article 1 du cahier des charges autorisait explicitement la présentation de variante en ces termes : « *Les candidats feront en offre de base une proposition distincte pour chaque lot qu'ils souhaitent se voir attribuer. Ils pourront, en variante, faire une proposition regroupant plusieurs ou la totalité des lots* ».

En complément, le directeur des achats et des marchés publics a indiqué que « *cette formulation avait été retenue afin d'ouvrir le plus largement possible cette consultation à la concurrence. Les candidats devaient au minimum présenter en offre de base une proposition distincte pour chaque lot, et pouvait proposer autant de variantes que souhaité sur 1 ou plusieurs lots. Le dépôt d'une variante était conditionné par le dépôt d'une offre de base par lot* ».

Cette formulation dans le dossier de consultation apparaît cependant comme peu claire.

La commission, tous critères confondus, a retenu le classement suivant :

1. C…, variante 1
2. C…, variante 2
3. C…, offre de base.

L'entreprise C… a été auditionnée et la commission a choisi de ne pas classer les offres des sociétés L… et L… C… H…, tant en offre de base qu'en variante, en raison de notes pondérées insuffisantes.

Le contrat d'engagement est signé par deux représentants du CHRU, le directeur général en date du 4 mars 2008 et le directeur général adjoint le 17 septembre 2008. Le bordereau des prix est daté par le candidat au 11 juillet 2008.

Le contrat a été notifié en date du 7 octobre 2008.

Délibéré à la chambre régionale des comptes de Languedoc-Roussillon le 29 mars 2012.

3. RECOMMANDATIONS

D'ordre général :

- continuer le regroupement et la centralisation des achats (en incluant les achats pharmaceutiques par exemple) ;
- poursuivre la politique tendant à définir au mieux les besoins ;
- actualiser, préciser certains termes[10] et mettre en perspective les différents guides ;
- prendre en compte dans les marchés les prescriptions du code des marchés en matière de développement durable et de clauses d'insertion sociale (articles 5 et 14 CMP) ;
- utiliser les possibilités offertes par le code pour pourvoir plus aisément les besoins en utilisant les accords-cadres par exemple[11].

Concernant la passation :

- élargir les supports de publication dans certains domaines[12] ;
- renforcer le contrôle des documents faisant foi tels que les RAO[13] ;
- veiller à la pondération des critères, à leur cohérence et à leur adéquation par rapport à la nature des prestations[14] ;
- être rigoureux sur les conditions de négociation[15] ;
- respecter les obligations que le pouvoir adjudicateur s'est lui-même imposées pour ne pas introduire de rupture d'égalité entre les candidats (valable aussi pour l'exécution)[16].

Concernant l'exécution :

- contrôler la forme des documents d'exécution [17] ;
- renforcer le suivi des marchés :
  - • limiter le recours aux avenants en procédant à une meilleure définition préalable des besoins, éviter les avenants de régularisation et « fourre-tout » et veiller au parallélisme des formes[18] ;
  - • veiller à allonger les délais contractuels par un acte dûment établi[19] ;

---

[10] Comme les termes « sujétions » ou « moins disant » page 10.
[11] Les accords-cadres peuvent être préférés aux marchés à bons de commande, surtout en entretien de bâtiment (page 35).
[12] Comme les marchés de prestations juridiques page 77 ou les marchés relatifs à la mise à disposition de personnels soignants et médico-techniques intérimaires (page 92).
[13] Des candidats qui apparaissent puis disparaissent au fil de l'analyse du fait des copier-coller (page 42).
[14] Par exemple :
- la visite « conseillée » devient, du fait de l'attribution d'une note liée au fait même de visiter, un critère (page 22) ;
- le « cas pratique » servant de DQE implique une quasi obligation de visite (page 37) ;
- les critères doivent être pondérés, sauf circonstance particulière (page 61 et 93) ;
- les critères doivent donner la possibilité au pouvoir adjudicateur de comparer et demander des documents différents aux candidats ne le permet pas (page 83 et 89) ;
- le critère doit être objectif et permettre de départager les candidats. Aussi, la « notoriété » ne permet pas de déterminer la qualité d'un candidat (page 81) ;
- les critères doivent être adaptés au regard de la nature des prestations demandées (demande de références en droit des collectivités locales page 74 et page 83).

[15] Le fait d'accepter une offre spontanée en phase de négociation (page 46) ou le fait d'accepter un changement radical de l'offre en cours de négociation, ce qui rend impossible la comparaison (page 107).
[16] Par exemple, le fait :
- de ne plus prendre en compte une partie de la formation du prix s'agissant des frais de déplacement des avocats (page 79) ;
- de faire fi des références demandées et d'agréer quand même un candidat (page 43) ;
- de ne pas appliquer les pénalités pourtant prévues (page 34) ;
- de ne pas faire respecter les délais d'exécution.

[17] Les PV de réception et les avenants sont parfois incomplets ou révèlent des copier-coller non effacés.
[18] Des pourcentages d'augmentation tels que 22.18 % (page 25) ou 45.54 % (page 29), la régularisation par voie d'avenants (page 33) ou l'ajout de « Prestations similaires sur devis » (page 39) ou le respect du passage en CAO quand cela est requis (page 35).
[19] Par exemple pages 33 et 53.

• procéder au plus vite à la notification des actes de sous-traitance[20].

S'agissant des conventions d'occupation du domaine public :

- veiller à respecter les règles de passation que l'établissement s'impose à lui-même ;
- garantir une totale transparence dans les conditions d'attribution et de notification des conventions par la mise en place de procédures strictes, afin d'éviter tout risque de fraude.

[20] Dates peu réalistes (page 50).

ANNEXES

ANNEXE 1 : Marché d'audit informatique

Sont repris les éléments d'analyse de la personne publique, de la manière suivante :

Critère 1 : adéquation entre les attentes du CHU de Montpellier et la réponse donnée : compréhension de la mission + organisation du projet – 40 %

Critère 2 : qualité et compétences des consultants proposé par le soumissionnaire : CV + expérience dans la mission – 30 %

Critère 3 : méthodologie proposée et respect du calendrier : méthodologie + calendrier tranche ferme + calendrier tranche optionnelle – 20 %

Critère 4 : prix – 10 %

La chambre a retenu l'option d'attribuer une note de 1 à 4 à chaque critère, 4 étant la meilleure note. A chaque critère est affecté un pourcentage, traduit par l'affectation d'un coefficient multiplicateur de 0,4 pour le critère 1, 0,3 pour le critère 2, 0,2 pour le critère 3 et 0,1 pour le critère 4, conformément à la hiérarchisation des critères décidée par la personne publique.

Le prix est noté sur 4, en prenant comme référence la moyenne des offres :

- pour la tranche ferme : 69 966,04 € HT
- en cas de levée d'option : 106 548,50 € HT

La chambre, n'ayant pas d'indication quant à l'estimation financière de cette opération, a calculé les écarts en fonction de la moyenne des offres.

Il est loisible de remarquer que les quatre offres, sur le prix, sont séparées en deux groupes.

Critères	**Sous-critères**	**A…**		**C…**		**C…**		**S…**	
1 : adéquation attentes / réponse	Compréhension de la mission	4	8 Coef : **3.2**	4	7 Coef : 2.8	3	6 Coef : 2.4	1	1 Coef : 0.4
	Organisation du projet	4		3		3		0	
2 : qualité et compétences des consultants	CV	3	5 Coef : **1.5**	4	8 Coef : 2.4	3	5 Coef : 1.5	2	2 Coef : 0.6
	Expérience	2		4		2		0	
3 : méthodologie proposée et respect du calendrier	Méthodologie	3	9 Coef : **1.8**	3	7 Coef : 1.4	3	9 Coef : 1.8	0	4 Coef : 0.8
	Calendrier tranche ferme	3		2		3		2	
	Calendrier tranche optionnelle	3		2		3		2	
4 : Prix	Tranche ferme	+12.91 % Note : 4	3.5 Coef : **0.35**	-19.96 % Note : 3	3.5 Coef : 0.35	+27.81 % Note : 1	1.5 Coef : 0.15	-20.76 % Note : 2	1.5 Coef : 1.5
	Tranche optionnelle	+13.56 % Note : 3		-11.77 % Note : 4		+36.27 % Note : 2		-38.05 % Note : 1	
TOTAL NOTE PONDEREE		**6.85**		**6.95**		**5.85**		**3.3**	
CLASSEMENT		2		**1**		3		**4**	

ANNEXE 3 : Tableau d'analyse des offres

Etude de performance du SIH

Comparaison des offres

	A			C		
	Nb jours	Prix unitaire TTC	Total TTC	Nb jours	Prix unitaire TTC	Total TTC
Tranche ferme						
Management	15	1 674,40 €	25 116,00 €			
Consultant	50	1 387,36 €	69 368,00 €	54	1 240,30 €	66 975,00 €
Total tranche ferme	65		94 484,00 €	54		66 975,00 €
Tranche optionnelle						
Management						
Consultant	35	1 435,20 €	50 232,00 €	43	1 056,93 €	45 448,00 €
Total tranche optionnelle	35		50 232,00 €	43		45 448,00 €
Total général	100		144 716,00 €	97		112 424,00 €
Remarque	[illegible]					
	[illegible]					
Expérience dans la mission	peu de référence en milieu hospitalier			nombreuses références en milieu hospitalier		
Compréhension de la mission	excellente			excellente		
Methodologie	bonne approche méthodologique			bonne approche méthodologique		
Calendrier tranche ferme	2,5 mois			3 mois		
Calendrier tranche optionnelle	3,5 mois			4 mois		
Organisation du projet	COPIL, management, équipe technique			management, équipe technique		
CV	personnes compétentes			personnes très compétentes		

Comparaison des offres

	C			S		
	Nb jours	Prix unitaire TTC	Total TTC	Nb jours	Prix unitaire TTC	Total TTC
Tranche ferme						
Management	20	1 777,09 €	35 541,80 €			
Consultant	40	1 227,39 €	49 095,60 €	42	1 578,72 €	66 306,24 €
Autre	14	1 593,85 €	22 313,90 €			
Total tranche ferme	74		106 951,30 €	42		66 306,24 €
Tranche optionnelle						
Management	3	1 777,09 €	5 331,27 €			
Consultant	50	1 227,39 €	61 369,50 €	8	1 578,72 €	12 629,76 €
Autre						
Total tranche optionnelle	53		66 700,77 €	8		12 629,76 €
Total général	127		173 652,07 €	50		78 936,00 €
Remarque				Pas de distinction de l'option dans l'AE		
	[illegible]					
Expérience dans la mission	faible référence en milieu hospitalier			pas de référence en milieu hospitalier		
Compréhension de la mission	bonne			faible		
Méthodologie	approche méthodologique originale			pas de description de la méthodologie		
Calendrier tranche ferme	2,5 mois			2 ou 3 mois		
Calendrier tranche optionnelle	3,5 mois			3 ou 4 mois		
Organisation du projet	management, équipe technique			Néant		
CV	personnes compétentes			personnes peu compétentes		



ANNEXE 3 : Marché de conseil juridique

Lot 1

CANDIDATS	**Commentaires**	(a) **note sur 5**	(b) = a/5*45 **note obtenue par le candidat / 45**	**Commentaires**	(c) **note sur 5**	(d)=c/5*25 **note obtenue par le candidat / 25**	(e) = ((b+d)/70)*65 **note obtenue par le candidat / 65**
SCP L. C. F. T. et SCP V. P. N. G.	Groupement conjoint Avocats associés, avocats collaborateurs, une juriste Spécialisation en droit public Organisation des moyens humains bien renseignée Moyens matériels très bien décrits et très complets Description satisfaisante des moyens d'assurer la continuité des prestations : remplacement par un avocat du groupement en cas de départ d'un avocat en charge du dossier ou d'absence Description de la méthodologie bien détaillée : veille juridique, traçabilité, communication Délais d'intervention très bien décrits	5	45,0	Volume horaire renseigné Note juridique en droit de la fonction publique hospitalière : Très bonne rédaction. Composition structurée, claire et synthétique. Parfaites connaissances en droit dans ce domaine. TB travail.	**5**	25,0	65,0
C.	2 avocats associés spécialisés et 2 avocats collaborateurs Organisation des moyens humains très bien renseignée Moyens matériels très bien renseignés Méthodologie de la prestation très bien décrite : réactivité, disponibilité, veille juridique, traçabilité Délais d'intervention décrits	5	45,0	Volume horaire renseigné Requête introductive devant la CAA : Bonne synthèse, cohérence, clarté, précision. Bonne construction bonnes connaissances du droit adm et de la FPH.	**4**	20,0	60,4

CANDIDATS	**Commentaires**	(a) **note sur 5**	(b) = a/5*45 **note obtenue par le candidat / 45**	**Commentaires**	(c) **note sur 5**	(d)=c/5*25 **note obtenue par le candidat / 25**	(e) = ((b+d)/70)*65 **note obtenue par le candidat / 65**
C.	1 avocat spécialisé référents et 2 avocats responsables de pôles Spécialisation en droit public, département de droit public Organisation des moyens humains bien renseignée Moyens matériels très bien décrits et complets Description de la méthodologie bien détaillée : contrat de procédure basée sur interactivité, traçabilité, continuité, charte de l'avocat urgentiste Délais d'intervention très bien décrits	5	45,0	Volume horaire renseigné Mémoire en défense : satisfaisant, connaissances en droit administratif et droit de la fonction publique hospitalière. Note juridique en droit de la FPH : claire et synthétique. Connaissances juridiques	**4**	20,0	60,4

Lot 2 :

CANDIDATS	**Commentaires**	(a) **note sur 5**	(b) = a/5*45 **note obtenue par le candidat / 45**	**Commentaires**	(c) **note sur 5**	(d)=c/5*25 **note obtenue par le candidat / 25**	(e) = ((b+d)/70)*65 **note obtenue par le candidat / 65**
C.	2 avocats associés dont 1 avocat coordonnateur (Maître CHARREL) et 4 avocats consultants Normavocat Organisation des moyens humains bien décrite Moyens matériels bien décrits Description des moyens d'assurer la continuité des prestations Description de la méthodologie très bien détaillée : les plus : alerte d'actualité permanente, formation d'actualité juridique gratuite Délais d'intervention bien décrits	5	45,0	Volume horaire renseigné adapté Mémoire en défense : synthétique, très clair, cohérent, pertinent, très bien documenté Connaissance de la matière	**5**	25,0	65,0
P. T.		5	45,0	Volume horaire renseigné adapté Mémoire en défense clair, synthétique, cohérent Connaissance de la matière	**4**	20,0	60,4
C.	2 avocats spécialisés et 2 avocats collaborateurs	5	45,0	Volume horaire renseigné adapté Mémoire en défense et note en délibéré clairs, synthétiques, cohérents, pertinents Connaissance de la matière	**4**	20,0	60,4

Lot 3 :

CANDIDATS	**Commentaires**	(a) **note sur 5**	(b) = a/5*45 **note obtenue par le candidat / 45**	**Commentaires**	(c) **note sur 5**	(d)=c/5*25 **note obtenue par le candidat / 25**	(e) = ((b+d)/70)*65 **note obtenue par le candidat / 65**
SCP L. C.		5	45,0	Volume horaire renseigné Note en PI : Solutions de droit très satisfaisantes. Très grande précision, clarté, rigueur, synthèse. TB connaissances en PI.	**5**	25,0	65,0
F.	2 avocats associés	4	36,0	Volume horaire renseigné Analyse juridique en PI Problématique correctement posée, solution de droit claire, précise et synthétique. Connaissances législatives et jurisprudentielles en PI	**4**	20,0	52,0
M.		3	27,0	Volume horaire non renseigné 2 notes juridiques : PI et droit privé. Bonnes connaissances juridiques. Clarté et précision.	3	15,0	39,0

Lot 4 :

Il est étonnant d'avoir 9 candidatures, ce qui est peu, dont une seule exclusivement sur le lot 4, dédié au droit pénal.

CANDIDATS	Commentaires	(a) **note sur 5**	(b) = a/5*45 **note obtenue par le candidat / 45**	Commentaires	(c) **note sur 5**	(d)=c/5*25 **note obtenue par le candidat / 25**	(e) = ((b+d)/70)*65 **note obtenue par le candidat / 65**
SCP L. C.		5	45	Volume horaire renseigné Courrier au juge d'instruction : Cohérent et clair. Bonnes connaissances en droit pénal	**4**	20	60,4
S. V. & Associés		4	36	Volume horaire renseigné Courrier au juge d'instruction : TB sur la forme et le fond, clarté et précision TB connaissances en droit pénal et droit pénal médical.	**5**	25	56,6
A.		4	36	Volume horaire renseigné Conclusions en défense, conclusions de PC devant le TC, requête devant la CIVI : TB sur la forme, TB connaissances en droit pénal et droit pénal médical. Synthétique, clair et parfaitement structuré.	5	25	56,6
L.		5	45	Volume horaire non renseigné Mémoire devant la Chambre de l'instruction : Acceptable sur la forme, bien sur le fond.	**3**	15	55,7

ANNEXE 4 : Les conditions d'exécution du marché « M. K. »

<u>Quatre avenants ont été passés.</u>

Avenant n° 1 – notifié le 19/02/2009.

Objet : définir deux périodes de livraison pour la phase 2 et conséquemment la répartition des paiements entre le titulaire et le sous-traitant.

Cet avenant n'a pas d'incidence financière directe sur le montant du marché. La seule incidence indirecte est que les pénalités de retard ne seront pas appliquées pour la livraison.

Avenant n° 2 – notifié le 28/12/2009.

Objet : définir pour la phase 2, trois chantiers qui vont être recettés (Mise en Ordre de Marche MOM, Vérification d'Aptitude VA et Vérification de service régulier VSR) selon un nouveau calendrier, dont la caractéristique est un lissage plus marqué dans le temps. Cet avenant n'a aucune incidence financière.

Avenant n° 3 – notifié le 26/03/2010.

Objet : suppression chantier 2 et nouvelles répartition des chantiers restants.
« *Faisant suite aux difficultés persistantes dans la mise au point du portail RH de la part de la société M.K., les décisions suivantes ont été prises afin de mener le projet à son terme dans de bonnes conditions. La réalisation du portail RH est décalée dans le temps, la priorité étant donné à Evoluance RH.*

La répartition des modules dans les chantiers est donc modifiée. Les modules prévus dans le chantier n° 2 sont reprogrammés dans les chantiers 1 et 3. Les prestations de la phase 2 dans son intégralité sont identiques à celles prévues par l'avenant n° 2. Le planning des vérifications est modifié. »

En conséquence la répartition des éléments fonctionnels prévus dans l'avenant n° 2 est modifiée. Les dates de livraison sont redéfinies. Cet avenant n'a aucune incidence financière.

Avenant n° 4 – notifié le 30/03/2011.

Objet : ajournement de la vérification d'aptitude et modification du planning du chantier n° 1. Cet avenant n'a aucune incidence financière.

<u>Suivi de l'exécution.</u>

Au niveau de l'exécution stricto sensu, la chambre relève qu'il y a des difficultés d'exécution pouvant être considérées comme « classiques ». En outre, la chambre mentionne que la personne publique a attaché un soin particulier à suivre la procédure d'exécution du CCAG FCS chapitre 7.

S'agissant de la phase 1, des procès-verbaux d'ajournements puis de vérification d'aptitude et de service régulier ont été faits, dûment envoyés par RAR. Une importante anomalie dans le traitement des payes a été décelée en février 2009, alors que la vérification du service régulier devait intervenir au mois de juin. La personne publique, en la personne du directeur alors en fonction, a alors pris soin d'envoyer une LRAR motivée, avec mention des procédures idoines en termes de suivi d'exécution.

S'agissant de la phase 2, les difficultés ont provoqué une certaine augmentation des tensions entre les parties.

En date du 18/11/2008, un PV de livraison (signé des parties) des progiciels EVOLUANCE RH et FOEDERIS indique : « *les modules web HWRH ne sont pas livrés. Il n'y a pas eu de transfert de compétences lors de cette installation* ».

En date du 26/01/2009, un PV de mise à disposition (signé des parties) des progiciels EVOLUANCE RH + FOEDERIS certifie que le titulaire a satisfait aux conditions stipulées par le marché.

En date du 26/03/2010, un PV de mise en ordre de marché (signé par le titulaire uniquement) déclare que le titulaire a procédé aux examens et vérifications nécessaires et qu'il y a lieu de prononcer la mise en ordre de marche du chantier 1 de la phase 2.

En date du 9/04/2010, le CHRU accuse réception du PV de MOM prononcée le 26/03/2010. Néanmoins, la personne publique :

- constate que certaines fonctionnalités ne sont pas en conformité avec les spécifications du cahier des charges ;
- demande la fourniture d'un planning de livraison pour lesdites fonctionnalités ;
- réitère la demande de fourniture d'une liste précise des éléments livrés à la MOM ;
- réitère sa demande de calendrier de réalisation pour l'ensemble des payes en double des mois de mars, juin et juillet 2010.

En date du 23/04/2010, la société M. K. répond au courrier sus mentionné :

- que la liste des éléments livrés était annexée au PV de MOM transmis en date du 26/03/2010. « *Cependant, semblant que vous désiriez une précision encore plus fine et afin de vous apporter entière satisfaction, vous pourrez trouver en annexe 2 une liste encore plus détaillée sur certains thèmes* » ;

- que la totalité des fonctionnalités, comme indiqué lors de la réunion du 26/03/2010, a bien été livrée ; la société joint un calendrier détaillé ;

- que les payes en double vont être réalisées lors de la période de vérification d'aptitude et de tests de performance de la phase 2. la société précise : « *la période de vacances estivales ne permet pas au SIL de réaliser une paye en double en semaine 28, ni à M.K. de réaliser l'analyse nécessaire des résultats en semaine 29, ni très certainement au CHU d'assister en semaine 30 ou 31 à la présentation de ces résultats.* ».

En date du 17/10/2010, la société répond à un courrier daté du 7/04/2010 du CHRU, courrier relatif à des écarts entre les déclarations annuelles de données sociales. La société rappelle les termes des entretiens sur site et indique que l'impossibilité d'accès direct aux données ne facilite pas le travail de correction des bugs.

M. K. indique en outre : « *la responsabilité d'un éditeur est de corriger les anomalies qui lui sont signalées sur son progiciel et non de prouver que son progiciel est exempt d'erreurs*. » Elle accepte de traiter dans les trois mois les écarts et indique que la demande du CHRU de fourniture des états justificatifs régime par régime n'est pas envisageable, car non pertinente.

En date du 27/07/2010, un procès-verbal d'ajournement de vérification d'aptitude a été établi par la personne publique, au motif que des essais n'ont pas pu avoir lieu en totalité.

En date du 30/07/2010, un courrier recommandé avec accusé de réception relatif au PV d'ajournement a été dûment envoyé au titulaire en raison de nombreux points bloquants et fonctionnalités non livrées. L'indication de la procédure à suivre apparaît alors exhaustive.

A la demande de précisions sur l'origine de ces échanges, le directeur des achats et des marchés publics indique que : « *La phase 1 concernait le logiciel de la paie, qui, même s'il y a pu y avoir quelques aléas techniques, est un sujet relativement bien bordé, normalement sans écarts majeurs d'interprétation et de pratiques.*

Il en va différemment de la phase 2, qui concerne la gestion des ressources humaines proprement dite. Nous avons eu 2 types de difficultés qui ont beaucoup tendu les relations à une certaine période. D'une part, M.K. a eu certaines difficultés techniques essentiellement sur la partie innovante du projet, le portail HPRH, d'autre part le CHU a connu des difficultés dans la conduite du projet et la maîtrise d'ouvrage

fonctionnelle, difficultés liées d'une part à des mouvements de personnel en charge du projet, d'autre part aux difficultés rencontrées par les équipes de la DRH pour passer de l'ancien produit fait sur mesure à un produit "standard" du marché, entrainant des demandes incessantes de modifications.

Il a donc fallu "recadrer" les deux parties. Les relations semblent aujourd'hui rentrer dans l'ordre, avec néanmoins un suivi vigilant. »

ANNEXE 5 : Passation de contrats d'occupation du domaine public

La passation de tels contrats est largement différente de celle relevant de la commande publique. Il convient de rappeler que le décret-loi du 17 juin 1938 a inclus les conventions d'occupation du domaine public dans la sphère des contrats administratifs, en en faisant une catégorie particulière, mais ce texte a également éloigné leur passation de toute procédure formaliste et formalisée, ce qui est confirmé par le code général de la propriété des personnes publiques.

Toutefois, certaines règles générales s'appliquent ; la jurisprudence conduit à la prise en compte du droit de la concurrence[21] et les personnes publiques doivent veiller à ne pas commettre de discriminations qui seraient contraires aux règles et principes contenus dans le Traité de Rome.

L'arrêt de la CJUE en date du 7 décembre 2000 *Telaustria et Telefonadress* (affaire C-324/98) rappelle que « *les entités adjudicatrices (…) sont néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.* » [22].

[21] Pour une prise en compte du droit de la concurrence : voir l'arrêt de section du Conseil d'Etat *Société EDA* du 26 mars 1999, qui pose le principe qu'il incombe aux autorités administratives « lorsque que, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution, de prendre en considération les diverses règles, telles le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ». Cette première application de l'ordonnance de 1986 aux autorisations d'occupation domaniale réalisée par l'arrêt *Société EDA* s'inscrit dans la ligne de l'arrêt de Section *Société Million et Marais* du 3 novembre 1997, qui lui-même appliquait pour la première fois cette ordonnance à un acte administratif (une concession de service public).
Il convient également de prendre en compte les décisions du Conseil de la concurrence, et notamment ses décisions concernant le groupe *Decaux* en date du 5 septembre 1995 et du 7 juillet 1998.

[22] La jurisprudence administrative s'est par la suite prononcée, parfois de manière oscillante. Le 24 janvier 2008, le Tribunal administratif de Nîmes a jugé, dans une explicite décision du 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques G. EISENRESCH* que : *« une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales du traité de l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats ».* Le Conseil d'Etat lui-même avait jugé dans une décision du 10 juin 2009 que *« la procédure engagée par le Port autonome de Marseille est susceptible d'aboutir soit à la conclusion d'une convention portant simplement occupation du domaine public maritime, dont la passation n'est soumise à aucune procédure particulière, soit à la signature d'une convention ayant pour objet la mise à disposition au bénéfice des tiers et l'exploitation de la forme de réparation navale n° 10 ainsi que la réalisation d'importants équipements portuaires (…) que cette convention peut donc être une concession d'outillage public déléguant une mission de service public au cocontractant (…) que le Port autonome de Marseille était ainsi susceptible de conclure, au terme de la procédure d'appel à projet, une délégation de service public relevant de la procédure prévue par les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 (…) que dans cette hypothèse, il convient d'appliquer à la procédure de passation du contrat la procédure la plus rigoureuse, soit en l'espèce celle applicable aux conventions de délégation de service public (…) ».*
Dans le doute, il était donc admis qu'il convenait de « faire comme si », c'est-à-dire adopter la procédure de passation « la plus rigoureuse » pour la passation du contrat. Depuis, la Haute juridiction a jugé que non dans une décision du 3 décembre 2010 portant sur l'occupation du Stade Jean BOUIN : *« aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel ; (…) dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, en l'absence de tout texte l'imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l'absence d'une telle procédure n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public. »*

LISTE DES ABREVIATIONS UTILISEES

AAPC	avis d'appel public à la concurrence
AE	acte d'engagement
ANFH	Association Nationale pour la Formation permanente du personnel Hospitalier
AOO	appel d'offres ouvert
ARH	agence régionale de l'hospitalisation
BOAMP	bulletin officiel d'annonces des marchés publics
BP	bordereau de prix
BPU	bordereau de prix unitaires
CA	chiffre d'affaires
CAA	Cour administrative d'appel
CAO	commission d'appel d'offres
CCAG FCS 77	cahier des clauses administratives générales applicables aux fournitures courantes et de services - 1977
CCAG PI 78	cahier des clauses administratives générales applicables aux prestations intellectuelles - 1978
CCAG TX 76	cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux - 1976
CCAP	cahier des clauses administratives particulières
CCP	cahier des clauses particulières
CCTP	cahier des clauses techniques particulières
CE	Conseil d'État
CH	centre hospitalier
CHR	centre hospitalier régional
CHRU	centre hospitalier régional universitaire
CHU	centre hospitalier universitaire
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMP	code des marchés publics
CODP	convention d'occupation du domaine public
COTDP	convention d'occupation temporaire du domaine public
CV	curriculum vitae
DAMP	direction des achats et des marchés publics
DCE	dossier de consultation des entreprises
DEA	diplôme d'études approfondies
DESS	diplôme d'études supérieures spécialisées
DG	directeur général
DGS	directeur général des services
DHOS	direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins
DPGF	décomposition du prix global et forfaitaire
DQE	détail quantitatif estimatif

FCS	fournitures courantes et de services
FPH	fonction publique hospitalière
GCS	groupement de coopération sanitaire
HPST	hôpital, patients, santé et territoire
HT	hors taxes
IDE	infirmier diplômé d'Etat
JOUE	journal officiel de l'Union européenne
MAPA	marché à procédure adaptée
MEAH	mission d'expertise et d'audit hospitalier
MOM	mise en ordre de marche
MOP	maîtrise d'ouvrage public
OS	ordre de service
PI	prestations intellectuelles
PV	procès-verbal
RAO	règlement de l'appel d'offres
RC	règlement de consultation
RCS	registre du commerce et des sociétés
RIB	relevé d'identité bancaire
SARL	société anonyme à responsabilité limitée
SCP	société civile professionnelle
SSI	système de sécurité incendie
TA	tribunal administratif
TC	tribunal de commerce
TC	tranche conditionnelle
TF	tranche forfaitaire
TGBT	tableau général basse tension
TGI	tribunal de grande instance
TGS	tableau général de sécurité
TTC	toutes taxes comprises
TVA	taxe sur la valeur ajoutée
UTC	université technologique de Compiègne
VRD	voiries réseaux divers

Réponse de l'ordonnateur aux observations définitives en application de l'article L. 243-5 du code des juridictions financières

Une réponse enregistrée :

- Réponse du 3 août 2012 de Monsieur Alain MANVILLE, précédent ordonnateur.

Article L. 243-5 du code des juridictions financières, 4ème alinéa :

« Les destinataires du rapport d'observations disposent d'un délai d'un mois pour adresser au greffe de la chambre régionale des comptes une réponse écrite. Dès lors qu'elles ont été adressées dans le délai précité, ces réponses sont jointes au rapport. Elles engagent la seule responsabilité de leurs auteurs ».